البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه
المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية
لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق
الأستاذ أحمد الحبابي

الجزء الثاني عشر



دار الغرب الإسلامي

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل
في مسائل المستخرجة

بسم الله الرحمن الرحيم

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه

المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية

لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق

الأستاذ أحمد الحبابي

الجزء الثاني عشر



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م



دار الغرب الإسلامي
ص . ب : 5787 - 113
بيروت - لبنان

بسم اللّه الرحمان الرحيم
وصلى اللّه على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب الشركة

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون : أخبرني ابن القاسم عن مالك أنه قال في رجل دعا أخاً له الى أن يسلفه ذهباً ويُخْرِجُ مثلَها أو يشاركه فيها وَيَتّجِرَانِ جميعاً بها في موضعهما أو يسافرَانِ في ذلك ، قال : إذا كان ذلك على وجه الصلة والمعروف منه إلى أخيه ولا حاجة إليه في شيء إلا الرفق به فلا بأس بذلك، وأما أَنْ يحتاج إليه في بصره بالبيع والاشتراء أو نفاذه في التجارة وتعلمه ونحوه فلا خير فيه ، قال ابن القاسم : وقال لي مالك بعد ذلك : لا خير فيه على حال، وتفسيرُه الأول إذا كان لا يحتاج إليه في بصر ولا مرفق لم أَرَ به بأساً هو أحب الي .

قال محمد بن رشد : قوله إذا كان ذلك منه على وجه الصلة والمعروف منه ولا حاجة له في شيء من ذلك إلا الرفق فلا بأس به صحيحٌ ، لأنه إذا فعل ذلك لارتفاقه بمشاركته إياه في وجه من الوجوه كان سلفاً جر منفعة ، وقد نهي رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم عن سلف جر نفعاً ، ولا اختلاف في أنه لا بأس بذلك إذا صحت نيته ولا في أنه لا يجوز ذلك إذا قصد

الشراء إنفسخت الشركة بينهما وهذا في الاختلاف الكثير في النفاق مع الاستواء في الطيب ، ولو كان الاختلاف في النفاق يسيراً لجازت الشركة على ما قال في المدونة إذا أخرج أحدهما دنانير هَاشِمِيَّة والآخَرُ دِمشقية ، ولو وقعت الشركة على دنانير مختلفة في انطيب مثل العبادية والنصفية فلم يعتر على ذلك إلَّا بعد الشراء لاقتسماها بأيدهما على قيمة الدنانير التي أخرجها كل واحد منهما وباللّه التوفيق .

مسألــة

وقال مالك في رجلين اشتركا على مال مسمى من كل واحد منهما على أن ما باع أحدهما بدين فقد ضمنه معاً صاحبه فقال : أكره ذلك ، لأن كل واحد منهما ما يدري ما يعيب به عنه صاحبه من الخلاف ، قال سحنون قال مالك لا أرى بذلك بأساً لأن الشركة لا تكون إلا بالتفاوض والضمان من كل واحد منهما لصاحبه .

قال محمد بن رشد : المعنى عندي في هذه المسألة أن مالكاً لم يَرَ الرجلين اذا اشتركا في مالٍ مسمى متفاوضين فيما اشتركا فيه إلا أن يشتركا فيه على المفاوضة بخلاف إذا اشتركا في جميع أموالهما فَرَأى ما اشترطاه من أن ما باعه أحدهما بدين فقد ضمنه معه صاحبه غرراً لأنه ضمن هذا نصفه ما باع هذا على أن ضمن هذا نصف ما باع هذا ، ورآهما سحنون متفاوضين فيما اشتركا فيه من المال وان لن يشترطا ذلك بمنزلة إذا تشاركا في جميع أموالهما فلم يَرَ ما اشترطاه من أن ما باعه أحدهما بدين فقد ضمنه معه صاحبه غرراً ، لأن الحكم يوجب ذلك عنده وان لم يشترطاه على حكم المفاوضة . وباللّه التوفيق .

مسألــة

وقال مالك في عَبْدٍ بين رجلين أَرَادَ أَحَدُهما أن يضربه : إنَّ

ذلك ليس له إلا أن يأذن له شريكه فإن فعل ضمن ما أصابه في ذلك أن يكون(٢) ضربه ضرباً لا يَعْنَتُ أحدٌ في مثله أو في ذلك أَدَبُه ، فإن كان هذا لم يضمن ، قال سحنون أراه ضامناً ضربه ضرباً يَعْنَتُ في مثله أو لا يعنت لو لم يضربه إلاَّ ضربة واحدة لكان ضامناً له لأنه ليس هو له دون شريكه ، وهو بمنزلة الرجل يعدو على عبد الرجل فيضربه ضرباً لا يعنت في مثله فيموت منه أنه ضامن .

قال محمد بن رشد : رَأَى مالكٌ شَرِكَتَه في العبد شُبهةً تسقط الضمان في ضربه إياه الضرب الذي يؤدب بمثله على ما اجترم ، خلاف قول سحنون ، وهو أظهر، لأن أدبه هو صلاح له فهو يقول لو لم أؤدبه لفسد علي فنقص مَالِي وعلى هذا اختلفوا في الأرض بين الرجلين يزرع أحدهما فيها زرعاً أو يبني فيها بنياناً هل يكون كالغاصب فيقلع الشريك زرعه وبنيانه أو لا يكون كالغاصب ؟ لشبهة الشركة فيكون له الزرع وإن كان الإبان لم يفت ، ويكون عليه الكراء في نصيب شريكه ويكون له قيمة بنيانه قائماً ،وقد مضى القول على هذا في أول سماع ابن القاسم من كتاب الإستحقاق ويأتي أيضاً في رسم القطعان من سماع عيسى من هذا الكتاب وفي سماع سحنون زيد من كتاب الزراعة ، وعلى هذا اختلفوا في الأمة تكون بين الحر والعبد فَيُوَلِّدُهَا العبدُ هل تكون جناية يلزم سيدَه أن يفتديه بنصف قيمته أم لا ؟ فقال ابن القاسم في أول سماع سحنون من كتاب الجنايات : إنها جناية تلزم سيده أن يفتديه بنصف قيمته أو يسلمه وَمَالَهُ لصاحب الجارية ، وقال سحنون في نوازل من كتاب الاستبراء : إنها ليست جناية وتباع الأمة فيما لزمه من نصف قيمتها فإن لم يف بذلك اتبع بالباقي دَيْناً ثَابتاً في ذمته ، ولا اختِلَافَ بينهم في أن الشركة في الأمة شُبْهَةٌ يَسْقُطُ بها الحَدُّ عن الشريك إن وطئها لقول النبي عليه السلام ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشبهات .

---

(٢) كذا بالأصل ، وصوابه إلاَّ أن يكون .

مسألـــة

. قال وسئل مالك عن رجل شارك رجلاً في تجارة فجهزه بمتاع فقال له واشتر سلعة كذا بيني وبينك لشيء له غلة مثل الحانوت وما أشبهه ففعل ثم جحده أن يكون أمره بذلك وزعم أنه إنما اشتراه لنفسه خالصاً من ماله فلما وجد عليه البينة أنه أمره قال فإني أشركت فيه فلاناً وفلاناً عند الإشتراء ولا يُعلم ذلك إلَّا بقوله ، قال : أَرَاهُ بينهما على ما أمره ، ولا يصدق في قوله أنه أشرك فيه فلاناً وفلاناً،قال ابن القاسم : ويدخل اللذان زعم أنه أشركهما بذلك على الذي أقر لهما إن كان أقر لهما بالنصف كان لهما نصف ما في يديه وإن كان الثلث فلهما الثلث مما في يديه والذي صار لصاحبه .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة ثم جحده أن يكون أمره بذلك وزعم أنه إنما اشتراه لنفسه خالصا من ماله فلما وجد عليه البينة أنه أمره بذلك قال إني أشركت فلاناً وفلاناً دليل هو كَالنَّصِّ ، إذْ لو أقر أنه أمره بذلك وقال لم أرد أن أشتري لك شيئاً فاشتريته لنفسي لم يكن ذلك له وكان معه شريكاً شاء أو أَبَى .

وقد اختلف فيمن أمر رجلاً أن يشتري له سلعة بعينها فاشتراها لنفسه على أربعة أقوال أحدها أن القول قول المأمور إن دفع اليه الثمن بعد أن يحلف أنه إنما اشتراها لنفسه إن اتهم في ذلك وهي رواية محمد بن يحيى السبادي عن مالك والثاني أن السلعة للآمر وإن لم يدفع إليه الثمن ، وهي روايته عن ابن القاسم في المدنية وقول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في الثمانية قال وسواء أشهد المأمور أنه إنما يشتريها لنفسه ، القول الرابع الفرق بين أن يكون قد دفع اليه الثمن أو لم يدفعه اليه وإنما أمره أن يشتريها له بماله فوعده بذلك ، وفي قوله ولا يصدق في قوله إنه أشرك فيه فلاناً وفلاناً دليل على

أنه لو كان لفلان وفلان بينة على أنه أشركهما في ذلك لوجب أن يكونا أحق بالنصف ، وفي ذلك اختلاف،قيل إنه لا يكون لهما إلا نصف النصف لأنه إنما أشركهما في ماله ، وقال غيره يتخرج هذا الاختلاف على اختلافهم في دار بين رجلين باع أحدهما من أجنبي نصفها على الإشاعة ، هل يقع بيعه على نصفه الذي له فينفذ عليه أو يقع على نصفه ونصف شريكه فينفذ عليه البيع في نصف نصيبه وينفسخ البيع في نصف شريكه الا أن يشاء أن يجيزه ، وسيأتي الكلام على هذا في رسم أول عبد ابتاعه فهو حُرٌّ من سماع يحيى من كتاب الشفعة إن شاء اللّه ، فإذا قلنا إن الآمر أحق بنصف الحانوت فيخرج المُشَرَّكَيْن من النصف لأنه يقول لهما أنا أشركتكما في حقي وحق غيري فليس لكما إلّا نصف ما بقي بيدي ، والثاني أنه يكون لهما جميع النصف لأنهما يقولان له أشركتنا في نصف الحانوت ولك نصفه فأَسْلِمْه إلينا ، وإذا قلنا إن المُشَرَّكَيْن أحق منه بنصف النصف الذي بيد المأمور ، ويصير الحانوت بينهم أرباعاً ، ربعه للآمر وربعه للمأمور ، ونصفه للمشركين . وباللّه التوفيق .

وَمِنْ كِتَابٍ أَوَّلُهُ
سَنَّ رسولُ اللّه صلىّ اللّه عليه وسلم

وَسُئِلَ عن رجل اشترى سلعة فسأله رجل أن يشركه ، فقال قد أشركتك ولم يسم الذي اسْتشركه ، فباع السلعة بنقصان ، فقال الذي أشرك : إنما أشركتني بسدس أو ربع ، قال : ذلك له ، ويحلف إلاّ أَنْ يأتي بأمر لا يعرف كالدينار ونحوه فإن زادت السلعةُ فقال الذي أشركه إنما أشركتُكَ على الربع والسدس ، قال : يحلف ، وذلك به ، قال مالك : إذا كان النقصانُ فالقولُ قولُ الذي أشرك وعليه اليمينُ وذلك أن الذي أشركه مدعى ،

وإذا كانت الزيادة فالقول قول الذي أشركه وعليه اليمين ، وذلـك أن الذي أشرك مدع ، وذلك إذا لم يسميا وَاليمينُ عليهما يحلفان على ما ادعيا .

قال ابن القاسم : فإذا قال كلٌّ واحد منهما لم أَنْوِ شيئاً ولم يدعياه : إنَّ السلعةَ تكون بينهما نصفين ، ولو كانت السلعة قائمةً فقال الذي أشركتك بالربع والسدس وذلك الذي أردت ، فالقولُ قولُه وعليه اليمين ، وإذا قال الذي أشرك إنما أردت الربع والسدس فالقول قوله أيضاً وعليه اليمين إذا لم يكونا بيِّنا ، قال ابن القاسم وذلك أن الشركة ها هنا إنما هي بيع من البيوع ، ولو أنَّ رجلاً أتى إلى رجل فقال قد بِعْتَنِي نِصف جاريتك ، فقال له صاحبه : ما بعتك إلَّا ربعها حلف وكان القولُ قولَه مع يمينه ولو أن صاحبها قال لصاحبه قد بعتك نصف جاريتي وطلب منه الثمن فقال ما اشتريتُ منك إلَّا ربعها كان القولُ قوله مع يمينه .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه الروَاية وذلك إذا لم يسميا واليمين عليهما يحلفان على ما ادعيا نص جلي على أنهما يحلفان على نِياتهما إذا لم يدعيا الإفصاح ، ومثله في كتاب محمد ابن المواز ، وَلَهُ فيها أيضاً ما يدل على أن لفظ الشركة يوجب المساواة ولا يلتفت إلى النية بعد أن فَرَطَ قولُه قد أشركتك ، وهو قول سحنون ، وإليه ذهب ابن حبيب في الواضحة ، ولا اختلاف بينهم إذا ادعيا الإفصاح أن القول قول الذي ادعى الأقل منهما مع يمينه ولا في أنهما إذا لم يدعيا إفصاحاً ولا نية أن السلعة تكون بينهما بنصفين ، وهذا كله حيث لا يجب على المشتري أن يشركه فيها فالقول قول من ادعى النصف منهما إن كانا اثنين أو الثلث إن كانوا ثلاثة أو الربع إن كانوا أربعة وسواء ادعوا الإفصاح بأكثر من الواجب لهما أو قالوا كان ذلك ضَمِيرًَا إلَّا أنه لا بد أن يحلف المدعَى عليه منهم في الإفصاح لصاحبه ، وقد مضى في

نوازل أصبغ من كتاب جامع البيوع تحصيلُ القول فيما يجب الإشتراك فيه من السلع وعلى من يجب وأين يجب فلا معنى لاعادة ذلك وستأتي المسألة أيضاً في سماع أبي زيد من هذا الكتاب إن شاء اللّٰه .

وأما قوله ولو أتى رجل إلى رجل فقال قد بعتَني نصف جاريتك فقال له صاحبه ما بعتُك إلا ربعها حلف وكان القول قوله مع يمينه ولو أن صاحبها قال لصاحبه قد بعتك نصف جاريتي فطلب منه الثمن فقال ما اشتريتُ منك إلا ربعها كان القول قوله مع يمينه فظاهره أن القول قول من ادعى الأقل منهما مع يمينه كان البائع أو المبتاع ، فإن نكل عن اليمين حلف الذي ادعى النصف واستحقه إن كان هو المبتاع واستحق بيعه على المشتري إن كان هو البائع وقد قال أبو إسحاق التونسي الصَّوَابُ أن يتحالفا ويتفاسخا لأنهما وإن لم يختلفا في الثمن فمن حجة المبتاع أن يقول لم أَرْضَ شِراء الربع وإنما رغبت في النصف ، قال ولعل ذلك إرَادَتَه في الرواية ، فيكون إنما قصد إلى أنه لا يصدق مدعي النصف في الربع ولم يتكلم على تمام التحالف ، ولم يقل أبو إسحاق التونسي إنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا ادعى البائع أنه باع النصف وقال المبتاع لم أشتر إلا الربع سكت عن ذلك ، فانظر هل يستويان عنده أو بينهما فرق ، والأظهر عندي الفرقُ بينهما ، وأن لا اختلاف في أنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا كان البائع هو مدعى أنه باع النصف ، وإنما الإختلاف هل يتحالفان ويتفاسخان أم لا إذا كان المبتاعُ هو مدعي النصف ؟ لأن الجملة قد يزاد في ثمنها ، فمن حجة المشتري أن يقول لا أرضى أن آخذ الربع بالسوم الذي اشتريت منه النصف والبائعُ إذا أخذ منه الربع بالسوم الذي رضي أن يبيع به النصف لم تكن له حجة ، فعلى هذا لا يجوز لمن اشترى سلعة جملة أن يبيع نصفها مرابحة بنصف الثمن حتى يبين ، ولمن اشترى نصف سلعة في صفقة ثم اشترى نصفها الثاني في صفقة أخرى أن يبيعها جملة ولا يبين ، وفي نوازل سحنون من كتاب المرابحة فيمن اشترى سلعة بعشرة وصبغها بعشرة ثم باعها مرابحة بعشرين ولم يبين أن يردها في القيام ، فإن فاتت مضت [illegible]

القياسُ على ما قلناه أن لا يكون له ردها في القيام ، وإذا رأى له ردها في القيام أن ترد إلى قيمتها في الفوات ان كانت القيمة أقل من الثمن على حكم مسائل الغش والخديعة في المرابحة وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال مالك لا بأس أن يشترك الرجلان في العمل في الحانوت يجلسان فيه جميعاً مثل الصواغين والخياطين والحدادين يكونان في حانوت واحد يتعاونان في العمل ولا يفترقان في حانوتين ولا في قريتين لعمل هذا ها هنا وهذا ها هنا فما اكتسبا كان بينهما فلا خير فيه وإنما كره هذا فيما عمل باليد فأما ما لم يعمل باليد فلا بأس بالشركة فيه وإن افترقا في حانوتين مفترقين ، قال عيسى : إنما كره ذلك في العمل وإنما كره ذلك إذا افترقا في مجلسين أو حانوتين أو قريتين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن شركة الأَبْدَانِ لا تكون إلا مع التعاون بأن يكونا في موضع واحد ويكون العمل واحداً فإن افترقا في حانوتين والعمل واحد أو في حانوت والعمل مفترق لم يجز إلاَّ أن يحسنا ذلك جميعاً فيعمل كل واحد منهما مع صاحبه وفي رسم البيع والصرف من سماع أصبغ أنهما يجوز لهما أن يفترقا في حانوتين إذا كان العمل واحد وهو شذوذ من القول وسيأتي الكلام عليه في موضعه إن شاء اللّه وباللّه التوفيق .

ومن كتاب أوله أخذ يشرب خمرا.

وسئل عن الرجلين يكونان شريكين وهما في بلدين أحدهما بالمدينة والآخر بمصر فيجهر كل واحد منهما على صاحبه ويبيع ويقتضي في موضعه ونفقة الموضعين مختلفة مثل المدينة ومصر

يشتري بالدينار من القمح بمصر أضعاف ما يشتري به بالمدينة أفترى أن يحسب كل واحد منهما نفقته التي أنفق أم تكون النفقة بينهما بنصفين ولا ينظر إلى ما يَفْضُلُهُ به فتفكر فيه ، ثم قال : بلى أرى أن تكون النفقة بينهما سواء والربح سواء والنقصان سواء إلا أن يأتي من النفقة ما يتفاحش مثل أن يكون لهذا عيال كثير ولهذا أن يصرف نفسه فلا أرى أن يُحْمَلَ ذلك عليه ، وكأنه قال إذا كان ذلك غيرَ متفاوت فأراه بينهما سواء .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة والواضحة فلا أعرف فيه في المذهب اختلافاً والعلةُ فيه أن ذلك عرف قد دخلا عليه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل كان شريكاً لرجل فمرض أحدهما فأوصى إن فلاناً عالم بمالي فما دفع إليكم من شيء فهو مُصَدَّقٌ ولا يمين عليه في ذلك ، فرفع أمره إلى السلطان وأتى بما قبله من المال فقسمه بينه وبين ورثة شريكه ثم أقام يقضي ويقسم أقام بذلك عشرين ، وكتب له السلطان براءة من ذلك وبقي بينهما دين وبلغ الورثة فقالوا يريد أن نستحلفك فيما اقتضيت افترى ذلك لهم وهذا الأمر منذ عشر سنين قد كتب له السلطان براءة من ذلك ؟ قال مالك : أرى أن ينظر السُّلطان في ذلك ويكشف أمره ، فإن رأى أمراً صحيحاً لم أَرَ أن يستحلفه ، فإن استنكر شيئاً رأيت أن يحلفه ، فقال له الرجل يا أبا عبد الله بعد عشر سنين ؟ قال : نعم أرى ذلك إن رأى أمراً يستنكره .

قال محمد بن رشد : هذه اليمينُ في أصلها يمينُ تهمة ، وقد

اختلف في لحوقها ، وتوصيةُ الميت باسقاط اليمين عنه لا يَلْزَمُ الورثةَ لأن الحق صار اليهم في المال بموته ، فإن اتهموه استحلفوه على القول بلحوق يمين التهمة ، فلذلك قال إن السلطان ينظر في ذلك فإن رأى أمراً صحيحاً لم يوجب لهم عليه يميناً ، وإن رأى أمراً يستنكره وجب لهم اليمين عليه وبالله التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين

قال وسألتُ مالكاً عن مَعَاصِرِ الزيت زيت الجلجلان والفجل يأتي هذا بأرادب وهذا بأخرى حتى يجتمعون فيها فيعصرون جميعاً .

قال : إنما يكره هذا لأن بعضه يُخرِجُ أكثر من بعض ، فإذا احتاج الناس إلى ذلك فأرجو أن يكون خفيفاً لأن الناس لا بد لهم مما يصلحهم والشيءُ الذي لا يَجِدُونَ عنه غنى ولا بد ، فأرجو أن يكون لهم في ذلك سعة إن شاء اللّه ولا أرى به بأساً والزيتونُ مثلُ ذلك ، قال سحنون لا خير فيه .

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون هو القياس ، وقول مالك استحسانٌ دفعه للضرورة إلى ذلك،إذ لا يَتَأَتّي عصر اليسير من الجلجلان والفجل على حدته مراعاة لقول من يُجِيزُ التفاضلَ في ذلك من أهل العلم ، وهذا نحو إجازتهم للناس خَلْطَ أَذْهَابِهِم في الضرب بعد تَصْيِغَتِهَا ومعرفة وزنها ، فإذا خرجت من الضرب أخذ كل إنسان منهم على حساب ذهبه وأعطى الضراب أجرته ، وقد مضى الكلامُ في ذلك وبسطُ ما فيه من الخلاف وتوجيه قول من رخص فيه وإجازه مستوفاً في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف وبالله التوفيق .

ومن كتاب صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسألت مالكاً عن القوم يجتمعون يشترون السلعة فيضع البائع لرجل منهم .

قال مالك : إن كان الذي وَلِيَ الصفقة هو الذي وضع له فما وضع له من ذلك فهو بينهم .

قال محمد بن رشد : اختلاف في أنه إذا كان الذي ولى الصفقة هو الذي وضع له فما وضع له من ذلك فهو بينهم ، ولما سأله عن القوم يجتمعون يشترون السلعة فيضع البائع لرجل منهم فقال إن كان الذي ولى الصفقة هو الذي وضع له فهو بينهم دل ذلك على أن ما وضع لأحدهم إذا إجتمعوا في شرائها للذي وَضَعَ له وحده لا يدْخل معه في الوضعية أشراكه، والفقهاءُ السبعة يقولون ما وضع لأحدهم فهو بين جميعهم ، وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يكونوا شركاء عقد ولا في الموضع الذي يجب الحكم بينهم بالشركة ، فلا اختلاف بينهم إذا كانوا شركاء عقد فَوَضَعَ لأحدهم أن الوضعية بينهم ، وكذلك إذا اجتمع التجار واشتروا السلعة حيث يجب الحكمُ بينهم بالشركة فيها . فَوَضَعَ لواحد منهم لا اختلاف في أنهم كلهم يدخلون في الوضعية وكذلك لو وضع للذي ولى الصفقة أو الوضعية ما يشبه أن يكون وضيعة من الثمن وبالله التوفيق .

ومن كتاب أشهب
وابن نافع من مالك رواية سحنون

قال أشهبُ وابنُ نافع :سئل مالك عن الرجل يدعو جارَه المحتاج وهو أخ له يريد صلته وليست له به حاجة إلا صلته فيقول له

أخرج معي أشتري طعاماً بمائة دينار ولك ثلثُ الربح .

فقال : ما أعرف هذا ولكن لو اشتراه وعرف الربح ثم قال ذلك له لم يكن به بأس ، فقيل له أفتكرهه ؟ فقال : ما أعرفُ هذا .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال والمكروه في ذلك بين لأنه لو كان استأجره على الخروج معه بثلث ما يربح في الطعام الذي يشتري فذلك غرر لا خير فيه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل اشترى لؤلؤا فاستشركه فيه قوم فأشركهم فيه وقد قالوا له عند اشراكهم إياه إذاً لا تقتسمه إنما تبيعه لنا ، فقال : نعم لا نقتسمه أبيعه لكم ، فباع صدراً من ذلك ثم رأى منهم ما كره فأراد مُقَاسَمَتَهُمْ إياه فأبوا ذاك عليه وقالوا عليك أن تبيعه لنا .

قال مالك : له أن يقاسمهم فأما البيع فنعم عليه إن يبيع لهم ولكن لو بارَ اللؤلؤ وذهب الزمان الذي كان يُرجى أن يباع إليه فلا أرى ذلك لهم عليه ، وأرى له أن يدفع اليهم الذي لهم وليس على هذا أراد أن يبيع لهم ، ولعل الرجل أيضاً يريد سفراً ، فأرى له أن يقاسمهم ويدفع الذي لهم اليهم .

قال محمد بن رشد : روايةُ أشهب وابن نافع هذه عن مالك في الذي يشرك القوم في اللؤلؤ الذي ابتاعه على أن يبيع لهم نصيبهم الذي أشركهم فيه دون أن يضرب لذلك أجلاً خلافُ ما في كتاب الجعل والإجارة من المدونة من أنه لا يجوز للرجل أن يبيع من الرجل نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر إلا أن يضرب لذلك أجلاً لأنه إذا لم يضرب لذلك أجلاً كان

جُعْلاً ، ولا يجوز أن يجتمع الجُعل والبيع في صفقة ويجوز أن يجتمع البيع والإجارة في صفقة واحدة ، والإجارة لا تجوز إلا بضرب الأجل ، فإذا لم يضرب لهما أجلاً فسدت وفسد البيع لفسادها لاجتماعه معها في صفقة واحدة .

ووجهُ رواية أشهب هذه أنه رأى ما يُبَاعُ إليه اللؤلؤ على ما قد عرف بالعادة كالأجل المضروب ، وذلك بين من قوله ، ولكن لو بَارَ اللؤلؤ وذهب الزمان الذي يرجى أن يباع إليه فلا أرى ذلك لهم عليه ، يريد ويستوجب البائع الثمن كله ، ولو باع اللؤلؤ وقد مضى من الأجل بعضُه لوجب أن يرجع المبتاعون المشركون عليه بِمَا ناب ذلك من الثمن لأنهم دفعوه إليه ثمناً لِمَا اشتروه من اللؤلؤ وَإِجَارَةً على بيعه إلى المُدَّةِ التي قد عرفت بالعرف والعادة ، ووجه العمل في ذلك أن يقوم حظهم الذي اشتراه من اللؤلؤ والإِجَارَةُ على بيعه إلى تلك المدة ، وإن كانت في التمثيل قيمة حظهم من اللؤلؤ عشرة وقيمةُ الإجارة إثنان وباع في نصف المدة رجع المبتاعون عليه بنصف سدس الثمن الذي دفعوه إليه كان أقل من اثني عشر أو أكثر وهذا كله بَيِّنٌ والحمد للّه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن العبد يكون بين الرجلين لأحدهما أن يبيع مصابته منها[٣] ولا يبع معه شريكه ؟ فقال: نعم ، ذلك له ، قيل لمالك : لمن مال العبد إذا باع أحدُ الشريكين مصابته منه ولم يبع شريكه معه ، فقال : للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، ولكن مال هذا العبد إذا كان بين الشريكين لا يقدر البائع منهما أن يأخذ ماله لأنه لا يجوز في مال العبد قسم إلا بإذن شريكه ورضاه ، فلا أرى هذا البيع

(٣) كذا بالأصل وفي نسخة ق ٣ منه بدل منها ، وهو الصواب .

يجوز إذا باع أحدهما مصابته[٤] من العبد إلاّ أن يبيعه بماله من المشتري وإلاّ لم يجز .

وقال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال : **أحدهما** أن البيع فاسد إلا أن يبيعه بماله ، وهو نص قول ابن القاسم أيضاً في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع ، **والثاني** أنه يقال للبائع إما أن تسلم إلى المبتاع مصابته من المال مع مصابته التي باعها منه من العبد وإلاّ فخذ حظك منه وينفسخ البيع فيه وهو دليل ما في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب العتق والثالث أنه يكون المال للمشتري ويثبت البيع وهذا القول يتخرج على قياس قول ابن دينار في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب البيوع في الرجل يبيع حائطه وثمرته قد أبرَ نصفَها مُشَاعاً إذْ لا فرق بين المسألتين في المعنى والقياس ، وفي مسألة الثمرة قولٌ رابع لا يصح في مسألة العبد وهو قول ابن حبيب في الثمرة أنها تكون كلها للبائع لأنها تُجْعَلُ تبعاً لما قد أبرَّ منها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثانية

قال وسئل مالك فقيل له إني أكريت أنا وشريكي إبلاً لنا فتخلف شريكي ينتقد الكراء وذهبت أنا أطلب الكراء فانتقد شريكي الكراء فدفعه الى غلام له فخرجت أنا وعبد شريكي الذي دفع إليه

---

(٤) الصوبة بالضم : كل مجتمع ، عن كراع ، أو الصوبة الجماعة من الطعام ، والصوبة الكنسة من الحنطة والتمر وغيرهما ، وعن ابن السكيت : الصوبة الجرين أي موضع التمر . وحكى اللحياني عن أبي الدينار الأعرابي : دخلت على فلان فاذا الدنانير صوبة بين يديه أي كدس (من تاج العروس) ، فالمصابة ربما كانت من فصيلة هذه المعاني .

الدنانير فقلت أين سيدي ؟ فقال : تخلف وأرسلني ، فقلت له أين دنانيرنا ؟ فقال : أعطانِيها وها هي ذي معي فسكت عنه حتى قَدِمْنَا ثم ذهب العبد ينظر ، فقال : أنا أفتقد دينارين .

فقال له مالك : أراهما عليك وعلى شريكك بالحصص لأن العبد قد أخبرك أنها معه فرضيتَ وسكتَ ، فأراهما عليك وعلى شريكك إنما عليه أيسر ذلك إن كانت الدنانير عشرين ديناراً ولك منها خمسة فعليك ربعها وعلى شريكك ثلاثة أرباعها .

قال محمد بن رشد : جوابه في هذه المسألة صحيح على القول بأن السكوت كالإقرار ، وهو أصل قد إختلف فيه قولُ ابن القاسم فيدخل اختلافُ قوله في هذه المسألة ويكون الشريك ضامناً للدينارين اللذين دفع إلى عبده فادعى العبد أنها تلفت عنده بعد يمينه أنه لم يسكت راضياً بِكَوْنِهَا عند العبد وأنه إنما سكت لأنه علم أن ذلك لا يلزمه ولا ينفذ عليه وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال مالك في العبد الذي نصفه حر فأراد سيده أن يخرجه إلى بلد غير البلد الذي هما فيه ، فقال : أرى ذلك له إن كان مأموناً على ذلك فإن لم يكن مأموناً لم أَرَ له أن يخرجه ، فروجع في ذلك فقاله أيضاً وما هو بالبين ، فقيل له : فعلى من النفقة إذَا قُضِي له بالخروج به والكراء ؟ فقال : على السيد وليس على العبد من ذلك شيء حتى يقر قراره بالموضع الذي يكون له عمل فيه ، وذلك أنه أخرجه من موضع عمله وكسبه ، فإذا نزل قرية له فيها عمل ومكتسب كانتْ له أيام وللسيد أيام ، وإذا كان ذلك في سفرهم في الموضع الذي ليس له فيه مكتسب رأيتُ النفقة على السيد حتى يقدم به .

قال محمد بن رشد : تَفْرِقَةُ مالك في هذه المسألة بين المأمون وغير المأمون استحسان على غير قياس ، والقياس في ذلك ما حكى ابنُ حبيب وابن المواز عن أشهب أنه قال ويقع بقلبي أن ذلك ليس للمأمون ولا لغير المأمون ، قال غير ابن حبيب مستعربياً كان أو غير مستعربي قال عنه فلا يخرج به(٥) إلا برضاه لأنه مَلَك من نفسه ما يملك الشريك ، قال ابن حبيب : وأما لو أراد الإنتقال به إلى قرية يسكنها فإن كانت من الحَوَاضِر فذلك له وإن كره العبد ، وفي المسألة قول ثالث أن له أن يسافر به مأموناً كان أو غير مأمون ويكتب له كتاباً إن لم يكن مأموناً ، وهو قول مالك في رسم طلق ابن حبيب من سماع إبن القاسم من كتاب الأقضية وقد مضى القول على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن القوم يحملون الطعام من القمح في السفينة الواحدة يختلط بعضه ببعض ثم يريد بعضهم البيعَ في الطريق ، فقال : لا أرى ذلك له إلا أن يرضى أصحابه أن يعطوه ، لأني أخاف أن يكون أسفل الطعام فاسداً أو يُمْطَرُوا بعد ذلك فيفسد القمح فلا أرى لأحد منهم أن يأخذوا حتى يبلغوا حده فيقتسمونه الفاسد والجيد إلا أن يرضى أصحابه أن يسلموا له حقه فأرى ذلك له ولا أرى لهم عليه تباعه إذا نزلوا فوجدوا القمح فاسداً .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنهم حملوا الطعام في السفينة على أن يمروا به لبلد واحدة لتجارة أو لغير تجارة فلذلك لم يَرَ لواحد منهم أن يأخذ طعامه إذا كان قد اختلط بمنزلة أن لو كانوا خلطوه وحملوه على الشركة لأن اختِلَاطَهُ يوجب اشتراكهم فيه وذلك بخلاف ما لو حملوه على

(٥) ما كتب بين حاصرين هو من نسخة ق ٣ .

أن يمروا به إلى منازلهم فاختلط أو كانوا هم قد خَلَطُوهُ وحملوه على ذلك لأنهم إذا حملوه على أن يمروا به الى منازلهم كان من حق من يمر منهم بمنزله أوَّلاً أن يأخذ طعامه فيه ولا يكون لأصحابه عليه تبعة إلا أن ينقص الطعامُ أو يكون قد أصابته آفَـةٌ على معنى ما قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب حسبما بيناه في ذلك فليست هذه الرواية بمخالفة لها ، ومن الناس من حملها على الخلاف لها ، وليس ذلك عندي بصحيح ، والله أعلم وبه التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل مالك عن الشريك المفوض إليه أو غير المفوض يقول لشريكه إني قد جعلت في هذا المال الذي يعمل فيه أنا وأنت مَالاً من عندي عند المحاسبة أو قبل ذلك أَيَجُوزُ قولُه أم لا يصدق إذا أبـى شريكُه أن يصدقه فقال : أكتب إليه أنه لا يجوز قوله ويحلف شريكُه بالله ما جعل فيه شيئاً ولا له فيـه شـيء .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله في هذه الرواية أنه يحلف على البت ، وروى ابن أبي جعفر الدمياطي عن ابن القاسم أنه يحلف عَلَى العلم وهو الصحيح إذ لا يصح القطع على أنه كاذب فيما ادعاه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

وسئل عن الرجلين يشتركان في مال بعينه فَيُقِيمُ أحدُهما ويسافر الآخر فَيُدَانُ المسافرُ في مالٍ ثم يُفَـلَّسُ فيريد الغرماء أن يتبعوا الشريك المقيم ، فقال : ليس ذلك لهم إنما شاركه في مال معروف بعينه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنهما إذا لم يتفاوضا في جميع أموالهما وإنما تفاوضا في مال مسمى فلا يلزم أَحَدَهُمَا ما دَايَنَ به الآخرُ إلاَّ في ذلك المال الذي تفاوضا فيه بعينه وبالله التوفيق .

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب أوله نقدَها نقدَها

قال عيسى : وسألتُ ابنَ القاسم عن رجلين اشتركا أخرج أحدُهما دنانير والآخر دراهم فعملا على ذلك وربحا كيف يقسمان الربح ؟ قال : يقتسمان على الدنانير والدراهم ما وقع من شيء للدنانير من الدنانير وقع للدراهم مثله من الدراهم إن كان للدنانير دينار فللدراهم درهم وإن كان للدنانير نصف دينار فللدراهم نصف درهم ، وإن كان ربع فربع على هذا يقتسمان الـربح ، قلت أفيصرفانِ الربح دراهم ثم يقتسمانه على هذا الحال ؟ فقال : إن شَاءَا صرفا وإن شاءا لم يصرفا إذا قسماه على هذه القسمة ويأخذ كل واحد منهما رأس ماله مثل الذي أخرج ، يأخذ صاحب الدنانير رأس ماله دنانير ويأخذ صاحب الدراهم رأس ماله دراهم ويقتسمان الربح على ما فسرت لك ، وكذلك بلغني عن مالك وهذا إذا فات ، ولا تصلح الشركة بالدنانير والدراهم .

قال محمد بن رشد : لا تجوز الشركة بالدنانير من عند أحد الشريكين والدراهم من عند الآخر على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها وهو مذهبه في هذه الرواية ، لأنه إنما تكلم على الحكم في ذلك إذا وقع ولم يعثر عليه حتى فات بالعمل ، فقال إنه يأخذ صاحب الدنانير رأس ماله دنانير وصاحب الدراهم رأس ماله دراهم ثم يقتسمان الربح على ما

ذكره حسبما يتبين مراده به ، إذ ليس على ظاهره ، وذلك أنه قال ما وقع للدنانير من شيء من الدنانير وقع للدراهم مثله من الدراهم فمراده به أن ما وقع ربح الدنانير من الدنانير وقع للدراهم مثل ذلك الجزء من الدراهم لاَ مثل ذلك العدد على ما يقتضيه لفظه لا سيما بقوله بعد ذلك إن وقع للدنانير دينار وقع للدراهم درهم وإن وقع للدنانير عشرة دنانير وقع للدراهم عشرة دراهم ، إذ لا يصح إذا وقع للدنانير ربح دينار ألاَّ يقع للدراهم إلا ربح درهم وإذا وقع للدنانير ربح عشرة دنانير ألا يقع للدراهم إلا ربح عشرة دراهم فيكون صاحب الدراهم لا يربح من عدد الدراهم إلا ما يربح صاحب الدنانير من عدد الدنانير هذا ما لا يصح أن يريده أبي القاسم أو يقوله ، وإنما عبر عن تساوي الجُزْءَيْن بتَسَاوِي العددين ألاَ ترى إلى قوله بعد ذلك وإن وقع للدنانير مثلها من الدنانير وقع للدراهم مثلها من الدراهم ، فكما يكون إذا وقع للدنانير مثلها من الدنانير يقع للدراهم مثلها من الدراهم فكذلك يكون اذا وقع للدنانير مثل نصفها من الدنانير أو مثل ثلثها أو مثل ربعها أو مثل عشرها أو مثل عشر عشرها يقع للدراهم مثل نصفها من الدراهم أو مثل ثلثها أو مثل ربعها أو مثل عشرها أو مثل عشر عشرها، وما كان من الأجزاء وذلك يرجع إذا اعتبرته بما يخرج الحساب إلى أن يقتسما جميع ما بأيديهما على ما كان فيه من ربح أو خسارة على قيمة الدنانير والدراهم يوم الفسخ فهذ أقرب مأخذ في العمل؛ وقيل إنهما يقتسمان ذلك على قيمة الدنانير والدراهم يوم اشتركَا ، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة ، وقد روى عن مالك إجازة الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر وبالطعامين المختلفين وبالعرضين المختلفين ، روىَ عنه أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين : ما هو من عمل الناس ، وذلك واللّه أعلم لِمَا يدخله من بيع وشركة .

فيتحصل في جملة المسألة لمالك ثلاثة أقوال ، أحدها أن الشركة جائزة في ذلك كله لأنه إذا أجازها بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين بالمختلفين فأحرى أن يجيز ذلك بالعرضين المختلفين إذْ

ليس في العرضين المختلفين إلاَّ علة واحدة ، وهي اجتماع البيع والشركة ، وفي الدنانير والدراهم والطعامين المختلفين علتان وهما عدم التناجز والبيع والشركة في الطعامين المختلفين والصرف والشركة في الدنانير والدراهم ، وهو مذهب سحنون أجاز ذلك كله إذْ لا يُرَاعِي في الشركة عدم التناجز ولا الصرف والشركة ولا البيع والشركة إذا كانا داخلين في الشركة ، **والثاني** أن الشركة لا تجوز عنده في شيء من ذلك كله ، لأنه إذا لم يجزها في العرضين المختلفين فأحرى ألا يجيزها في الطعامين المختلفين وفي الدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر ، **والثالث** أن الشركة جائزة بالعرضين المختلفين ولا يجوز بالطعامين المختلفين ولا بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر وهو مذهب ابن القاسم لاجتماع علتين في الطعامين المختلفين في الدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر وانفراد علة واحدة في العرضين المختلفين وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في كتاب ابن المواز إجازة الشركة بالدنانير من عند أحد الشريكين والدراهم من عند الآخر إبتداء مثل قول سحنون وأحد قولي مالك وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله استأذن سيده

قال : وسألته عن الرجل يشتري السلعة وتجب له ، فيقول أشركني فيها ، قال : هذا حرام لا خير فيه لأنه بيع وسلف ، قيل له فلو كان صاحب الصفقة هو المسلف قال لرجل تعال أشركك فيها وأنقد عنك ثمنها وأوخرك ؟ قال : إن كانت السلعة حاضرةً بعينها فلا بأس به ، قال ابن القاسم : إن كانت سلعة مضمونة فلا خير فيه لأنه الدين بالدين .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأن الشركة إذا وقعت على أن ينقد المشرك عن الذي أشركه ثمن الحظ الذي بقي بيده ولم يشركه

به فهو بيع وسلف لأن المشرك يُؤَدِّي عن المشرك ثمن الحظ الذي بقي بيده ثم يطلبه به ديناً ثابتاً في ذمته ، فهو سلف لا يجوز أن يشترطه أحدهما على صاحبه في أصل الإشراك ، لا يجوز أن يقول المشتري أنا أشركك على أن تنقد عني ولا أن يقول المشرك أشركني وأنا أنقد عنك وأما ثمن الحظ الذي وقعت فيه الشركة فجائز أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه نقده لأنه إن اشترط ذلك المشتري على المشرك فهو الواجب وهي شركة جائزة على وجهها وإن اشترط ذلك المشرك الذي أشركه فهو بيع صحيح لأنه باعه ذلك الحظ على أن يُؤخره بثمنه وينقده هو عن نفسه فلا اشكال في جوازه إلا أن تكون السلعة مضمونة على ما قال فيكون الدين بالدين الذي لا يجوز وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وسألت ابن القاسم عن رجل كان له شريك بذمياط وهو بالفسطاط فأتته ثياب من عند شريكه من دمياط فوجد في بعض الثياب بطاقتين أحدهما أكثر ثمناً من صاحبتها ما سمى له ، هل ترى عليه يميناً أنه ليس بهذا الرسم للأدنى ؟ قال : نعم أرى عليه اليمين ، قلت : فإن أبي اليمين أيحلف الآخر ؟ قال : نعم إن أبي أن يحلف قيل للآخر أحلف ، قلت كيف يحلف ؟ قال يحلف على البتات أن هذه الثياب بهذا الرسم للأدنى .

قال محمد بن رشد: مثل هذا في أخِرِ رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب جامع البيوع في لحوق يمين التهمة وفي وجوب ردها والاختلافُ في ذلك مشهور معلوم في المذهب قيل أنه لا يحكم بها ولا يردها وقيل أنه يحكم بها ويردها وقيل أنه لا يحكم بها ولا يحكم بردها إلا أنه لاَ يسوغ لمن مكن منها بوجه الحكم أن يحلف إن لم يكن على يقين مما حلف عليه لأنه إنما مكن منها على أن يحلف إن كان يدعي معرفة ما يحلف عليه ،

والأصل في هذا أن النبي عليه السلام لما قال للجاريتين في صاحبهم الذي قتل بخيبر إذْ بدَّأهُمْ باليمين أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم؟ قالوا يا رسول اللّه كيف نحلف ولم نشهد ولم نحضر؟ فلم يرد ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وَوَدَاهُ من عنده وقد تأول بعض الناس على ما وقع في رسم البراءة من سماع[٦] أنه يجوز للرجل أن يحلف مع شاهده وإن لم يعلم صحة ما شهد له به وذلك بعيد، وقد مضى الكلام عليه في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى لمكاتبه بوضع نجم من نجومه

وسئل عن قوم اشتركوا في سلعة اشتروها فتولى أحدُهم بيعَهَا فباعها وأمسك الدنانير، فقال له شركاؤه: أَبِعْتَ السلعة؟ فقال: نعم بعتها قيل له: فأين الثمن؟ قال هو ذا في كيسي مع دنانيري قيل له فاعطنا حقنا، قال نعم أَتَسَوَّقُ ثم أعطيكم الذي لكم، فذهب عنهم ثم أتاهم فزعم أنها قرضت من كمه.

قال: هو ضامن إذا سألوه حقهم فلم يعطهم وجهه عنهم، قيل له إنا لما أردنا أن نخاصمه قال أسلفوني دينارين أتجر فيها، فما صار فيها من ربح قضيتكم، ووخرني عشرة أشهر وأنا أقولكم وأكتب علي بذلك ذكر حق ففعلنا فأردنا أن نخاصمه الآن فهل تقضي لنا بذلك الإقرار؟ قال فعلتم ما لا يحل فلا يقضي عليه بذلك إلا قرار لأنه يقول إنما أقررت لكم على أن تسلفوني ولكن إنْ كانت لكم بينة

(٦) بياض بالأصل، وكذا في نسخة ق ٣.

حين سألتموه حقَّكم حبسه عنكم ثم جاء يزعم أنه تسوق فهو ضامن .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه إذا أقر أنه باع السلعة وقبض الثمن فلا يصدق فيما ادعى من أنه قرض من كمه إذا كانوا قد سألوه حقهم فحبسه عنهم ، ولو أدَّى ذلك قبل أن يسألوه إياه لوجب أن يصدق في ذلك على ما دل من قوله ، وهذا إذا كان توليه لبيع السلعة بإذنهم وأما لو تولى ذلك بغير إذنهم لَمَا صُدِّقَ فيما ادعى من أن الثمن قرض من كمه كان ذلك من دعواه قبل أن يسألوه الثمن أو بعد أن سألوه إياه ، ولا إشكال فيما ذكره من الإقرار إذا كان منكراً ألا يلزمه إذا كان على الوصف الذي وصفه ، لأنه إنما أقر على شرط ، فإذا لم يتم له الشرط لم يلزمه الإقرار ولو أسلفوه الدينارين ووخروه إلى المدة ثم قاموا عليه عنها انقضائها للزمه الإقرار وإن كان وقع عليه سبب فاسد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوصى
أن ينفق على أمهات أولاده

وسئل عن رجلين اشتركا في شراء صفقة فاشترياها بعشرة دنانير اشترى أحدهما منه خمسة أراديب بخمسة دنانير ، والآخر ما بقي بخمسة دنانير .

قال : لا بأس به ، وهو حلال إذا كان باسماً(٧) من الكيل الذي استثناه لأحدهما يجوز للبائع أن يستثنيه الثلث فأدنى ، قيل له أيهما(٨) على ذلك اشترياه فكأنه أشركه ، قال : ليست بشركة وليس

---

(٧) كذا في ق ٣ .

(٨) كذا في ق ٣ : أيهما ، ولعل الصواب أنهما .

بذلك بأس ، وإنما باعه البائع من الأرادب ما كان يجوز له أن يستثنيه ، أرأيت لو باعه من صُبْرَةٍ وفيها ألفُ إردب عَشَرَةَ أرادب بخمسة دنانير ثم باع بعد ذلك ما بقي من رجل آخر قبل أن يكيل العشرة أنه لا بأس به ، قال وليس هذا مثل الضان أن يكون له مائة شاة فيبيع منها عشرة يختارها ثم يبيع بقيتها من رجل آخر قبل أن يختار الأول فلا خير فيه وهو لا بأس أن يبيع عشرة من خيارها أبداً ولا خير في أن يبيع بقيتها قبل أن يختار العشرة حتى يختار ، وفرق بين ذلك لأنه يجوز أن يبيع بقية الصبرة بعد الأرادب جزافاً قبل أن يكتال الأرادب ، ولا يبيع الضان لأنه لا يدري ما بقي منها ، ولأن الطعام هو صنف واحد ليس للكيل الذي يؤخذ منه فضل على ما بقي من الجزاف .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أعرفه في المذهب أنه إذا باع من الصبرة كيلا معلوماً يجوز له أن يستثنيه منها وهو الثلث فأدنى جائز له أن يبيع بقية الصبرة من غيره أن[٩] المكيلة التي اشترى الأول منها كان البائع استثناها لنفسه ، وأما إذا باع من غنمه عشرة يختارها المشتري فاختلف هل يجوز له أن يبيع بقيتها من غيره قبل أن يختار الأول عشرته ، والمشهورُ قولُه ها هنا إن ذلك لا يجوز ، وقد مضى القول على ذلك في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع فلا معنى لإعادته ولو باع من غنمه أكثر من ثلثها على الخيار لما جاز له أن يبيع بقيتها من غيره قبل أن يختار الأول ما ابتاع قولاً واحداً والله أعلم .

---

(٩) كذا في ق ٣ ، ولعله : لأن المكيلة .

ومن كِتَابِ
أولُه بِعْ وَلَا نُقْصَانَ عَلَيْكَ

قال إذا اشترى الرجل سلعة وأشرك فيها ناساً فاستوضع صاحبُ الصفقة البائعَ فَوَضَعَ له فأَشْرَاكُهُ يدْخلون في الوضعية معه وكذلك قال مالك وإذا استوضعه أحد الذين أشرك فوضع كانت الوضعية له دُون شركائه ودون صاحب الصفقة ، وإذا اشتراها نفر صفقة واحدة فوضع لواحد منهم فالوضعية له دون شركائه وهو قول مالك .

قلت : فإن كان الذي اشتروها شركاء عقد فوضع لواحد منهم أيكون لأصحابه في ذلك شيء أم لا ؟ وهل يفترق إذا كانوا شركاء عقد أو غير ذلك ، قال : الوضيعة لهم جميعاً إذا كانوا شركاء عقد فوضع الواحد منهم .

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب إن خرجت
من هذه الدار الى رأس الحول

وسئل عن شريكين كانا عند القاضي فسأل أحدُهما صاحبَه عن ماله فقال ضاع مني ، فقال القاضي : اكتبوا أيضاً إقراره ، فقال حينئذ إنما دفعت اليك من مالي بعد أن ضاع مني قال لا يقبل قوله وأراه ضامناً .

قال محمد بن رشد : لَمْ يُصَدِّقْهُ فيما ادعاه مِنْ دعوى القضاء لِمَا تقدم من دعوى الضياع ، وهو أصل قد اختَلَفَ فيه قولُ مالك وأقوال أصحابه اختلافاً كثيراً فيمن سأل أمانة فَأَنْكرها ثم ادعى الرد أو الضياع فقيل إنه يصدَّقُ في كل واحد من الوجهين ، وقيل إنه لا يصدق في واحد منهما لما تقدم من إنكاره ، وقيل إنه يصدق في دعوى الضياع ولا يصدق في دعوى الرد ، والثلاثة الأقوال كلها لِمَالِكٍ في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب القراض ، وفيمن ادعيت عليه أيضاً دعوى فأنكرها فَلَما قامت عليه البينة بها جاء بما يخرج منها من بينة على البراءة منهـا أو ما أشبه ذلك ، فقيل إنَّ ذلك لا يُقبل منه إلا في اللِّعَانِ إذا ادعى الرؤ ية بعد إنكار القذف وأراد أن يلاعن وهو قول محمد ابن المواز ، وقيل إنه لا يقبل منه إلا في اللعان والأصول ولا يقبل منه في الحقوق ، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدنية وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وسئل عن صيادين اجتمعوا على غدير ومعهم شباك فقال بعضهم لبعض تعالوا نشترك ويضرب كل واحد منا بشبكته ، فأخرج صيداً فأبى أن يعطي للآخرين منه شيئاً وقال لهم ليس لكم فيما أصبت شيئاً ، فقال : ذلك له ، وليس لهم فيما أصاب شيء لأنها شركة لا تَحِلُّ .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأن شركة الأبدان لا تجوز إلا فيما يحتاج الاشتراك فيه إلى التعاون ، ولأنهم متى اشتركوا على أن يعمل كل واحد منهم على حدة لأن ذلك من الضرر البين فاشتراك الصيادين فيما يخرجونه بشباكهم من الغدير على أن يضرب كل واحد منهم بشبكته على حدة

من الغرر البين الذي لاخفاء به ، فوجب ألاَّ تنفذ الشركة بينهم وأن يكون كل واحد منهم أَحَقَّ بما أخرج بشبكته ، ولو كان الغدير صغيراً لا يحمل إلا شبكة واحدة فأراد كل واحد منهم أن يضرب بشبكته أولاً وترافعوا على ذلك لوجب أن يقضي بينهم بالاشتراك في ذلك على ما تصح به الشركة في ذلك بأن يستأجروا أحدهم على أن يضرب بشبكته بينهم خوفاً من أن يقتتلوا على ذلك ، ولو بَدَأَ وَاحِدُهُمْ فضرب بشبكته قبل ذلك لكان له ما أخرجت له شبكته وهذا كل على قياس ما قاله سحنون في نوازله من كتاب الصيد في القوم يجدون العُشَّ فيريد كل واحد منهم أخذه وَيَتَدَافَعُونَ عليه وهو أصل لما يختلف فيه من القوم المتيممين يجدون من الماء قَدْرَ ما يَتَوَضَّأُ به واحدٌ منهم هل ينتقض تيمم جميعهم أو تيمم الذي أسلم اليه وحده ، وقد مضى الكلام على هذا مستوفي في سماع سحنون ونوازله من كتاب الوضوء وإن شاء ترك هو المشهور في المذهب على ما في رسم أوله أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة ، وعلى قياس ما وقع في كتاب المُرَابَحَةِ من المدونة من الرجل إذا اشترى نصف سلعة وورث نصفها لا يجوز له ان يبيع نصفها مرابحة حتى يبين ، لأنه إن باع ولم يبين وقع بيعه على ما ورثه وعلى ما اشترى ، وقد قيل إن للمشرك جميع حظ الذي أشركه وهو دليل قوله في كتاب العتق الأول من المدونة وفي آخر المسألة من أول رسم من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب وقد مضى القول على ذلك هنالك وبالله التوفيق .

مسألــة

قلت له : فلو كان قال له اشتر سلعة كذا وكذا علي وأنا فيها شريكك فاشتراها رجل غيره فأَشْرَكه فيها ، قال يكون الذي قال له اشتر علي وأنا شريكك مخيراً بين أن يأخذ نصف ما اشْتَرَكَ به صاحبُهُ وبين أن يَدَعَ ولا يلزمه شيء .

قال محمد بن رشد : القول في هذه المسألة كالقول في المسألة التي قبلها يدْخل فيها من الإختلاف ما دخل فيها إذْ لا فرق بين أن يشتري نصف السلعة أو يشرك فيها بنصفها وبالله التوفيق .

ومن كتاب القطعان

وسئل ابن القاسم عن الرجل يشرك الرجل فيقول أحدهما لصاحبه اقعد في هذا الحانوت تبيع فيه ، وأنا آخذ المتاع بوجهي والضمان علي وعليك ، فيفعلان ذلك ، قال الربح بينهما على ما تعاملا عليه ويأخذ أحدهما من صاحبه أُجْرَةَ ما يَفْضُلُه به في العمل .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأن الربح تابع للضمان إذا عملا بما تَدَاينا به كما هو بائع المال إذا عملا بما أخرجه كل واحد منهما من المال وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال ولو قال رجل لرجل اقعد في هذا الحانوت وأنا آخذ لك متاعاً تبيعه ولك نصفُ ما ربحت أو ثُلُثُه لم يصلح ذلك ، وإن عملا عليه كان للذي في الحانوت أجرة مثله فيما عمل ويكون الربح كله للذي أجلسه في الحانوت .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال : لأنها إجارة فاسدة من أجل أن الربح تابع للضمان ، فإذا كان الذي أجلسه في الحانوت هو الذي يأخذ السلع ويكون ضمانها عليه وجب أن يكون الربح له ويكون للعامل أجرة مثله لأنه عمل على نصف ما ربح فيما باع وهو غرر وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن اشترى أرضاً فأشرك فيها رجلاً فتعدى الشريك فزرع الأرض كلها، فقال الزرع للذي زرعه وعليه نصف كراء الأرض؛ قال عيسى حَاضِراً كان شريكُه أو غائباً، غير أن شريكه إن كان حاضراً يحلف بالله أنه ما كان تَرْكُهُ إياه رضاً منه بذلك .

قال محمد بن رشد : قولُه في هذه الرواية إن الشريك إذا تعدى فزرع الأرض كلها يكون الزرع له ويكون نصف كراء الأرض ظَاهِرُهُ وإن كان إبان الحَرْثِ لم يفت فهو خلاف قوله في نوازل سحنون من كتاب المزارعة أن البَذْر إذا لم يفت أخذ نصيبه من الأرض فبذرها، وخلاف قول ابن القاسم أيضاً في أول سماعه من كتاب الاستحقاق أنه يكون له فيما بَنَى في أرض شريكه قيمة بنيابة منقوضاً إن صار في حَظِّ شَرِيكه فَمَرَّةً رأى الشركة بينهما في الأرض شبهة يوجب أن يكون الزرع لِزَارِعِهِ فإن لم يفت إبان البذر وَمَرَّةً لم ير ذلك شبهه ورأى أن من حق الشريك أن يأخذ نصيبه من الأرض بزرعها إذا لم يكن للذي بذره فيه منفعة إن قلعه، فإن كانت له فيه منفعة إن قلعة كان من حقه أن يقلعه إلا أن يشاء الشريك المتعدي عليه أن يأخذه بقيمته مقلوعاً فيكون ذلك له، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك في أول سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق، وقول عيسى ابن دينار إن لشريكه الكراء حاضراً كان أو غائباً بعد يمينه إن كان حاضراً خلافُ روايته عن ابن القاسم في أول سماع من كتاب الاستحقاق، وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفي وبالله التوفيق .

من سماع يحيى
من ابن القاسم من كتاب الصلاة

قال يحيى قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً يقول لا ينبغي

للرجلين أن يشتركا إذا أخرج أحدُهما ذهباً وأخرج الآخر وَرِقاً وهو عندي من المكروه البين ، فإن وقع ذلك وَلَمْ يُنْظَرْ فيه حتى يشتريان ويبيعان أخذ كل واحد منهما مثل ما كان أخرج ، صاحبُ الذهب مثلَ ذهبه وصاحبُ الورق مثلَ ورقه ، ثم يقتسمان الربح على قدر أموالهما ، وتفسير قسمتها إن كان ربحاً للعشرة خمسة عشر فكان لصاحب الذهب مائة دينار ولصاحب الورق ألف درهم جعل لصاحب المائة دينار فضل خمسين ديناراً ولصاحب الألف درهم خمسمائة درهم وإن كان الربح للعشرة احد عشر أوْ إثْنَيْ عشر أو نحو ذلك فعلى هذا الحساب يقتسمان الربح .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة تقدم القول فيها مستوفى في رسم نقدها من سماع عيسى فلا معنى لإعادة ذلك وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله أول عبد ابتاعه فهو حر

وسألته عن الشريكين العقيدين يغيب أحدهما ثم يقدم فيجد أموالاً بيد شريكه [فإذا أراد قبضها ليرى فيها] في تجارتهما منعه الشريك وقال هي أموال الناس استودعها وإن كانت عروضاً قال : [قد دفعت إلى أهلها](١٠) فيقول له شريكه فَمَنْ أهلها أو لمن هذا المال الذي تزعم أنه ودايع الناس؟فيقول لا أحب أن أخبر بأهله وليس لك ذلك علي ، أيقبل قوله أم لا ؟ قال : إن سَمَّى لها أهلها فادعاها للذي سماها لهم لم أر أن تدفع إليهم حتى يحلفوا مع اقراره لهم ، فيكونون بمنزلة من يستحق حقه باليمين مع الشاهد فإن نكلوا دفعت

---

(١٠) ما كتب بين معقوفتين هو من نسخة ق ٣ وهو بياض بالأصل .

اليهم نصيب المقر وأخذ الشريك نصيبه من ذلك المال ، قال وسواء أقر بوديعة أو بمتاع أمر ببيعه فيما يزعم قال وإن لم ينص أحداً ولم يَدعه أَحَدُ مِمَّا يقر له فالمال بين الشريكين نصفان كَهَيْئتِهِ على شركتهما .

قلت : أرأيت إن قال هولي دونك ورثْتُه أو وُهِبَ لي ومن أشبه ذلك أيُقبل قوله ؟ قال : إن ثبت له معرفة الميراث أو العطايا والهبات وإلا فهو بينهما .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة كلها صحيحة بينة لا وجه للقول فيها إلَّا قوله فيكون بمنزلة من يستحق حقه باليمين مع الشاهد فإن ظاهره يقتضي أنه يحتاج إلى عدالة المقر لأنه جعله الشاهد قال ذلك أبو إسحاق التونسي ، قال أيضاً وكان ينبغي أن يجوز إقراره لمن لا يتهم عليه ، وقد يحلفون استبراءاً والصوابُ أنه لا يحتاج إلى عدالته ، وعلى ذلك يجب أن يحمل قوله في الرواية لأنه لم يقل إنه يكون شاهداً له يحلف معه ، وإنما قال إنه يكون بمنزلة الشاهد له في أنه يحلف مع قوله كما يحلف مع شهادة الشاهد فإن نكل عن اليمين لم يكن له إلا نصيب المُقِر ، ولم يذكر هل يحلف الشريكُ أم لا ؟ والوجهُ في ذلك أن يحلف إن كان تحقق الدعوى أنه أقر له بباطل ، وأما إن قال لا أدري إلا أني أتهمه[11] في اقراره له فلا يمين عليه ، إلا أنه لما كان هذا الذي أقر به ليس بدين التجارة واستظهر على المقر له باليمين شبهاً بما قالوا في المديان يرث أباه فيقر بدين عليه الودائع في تركته أن المقر له يحلف مع إقراره بخلاف إذا أقر بدين في ذمته وقع ذلك من إيجاب اليمين على المقر له في آخر كتاب الوَصَايا الثاني من المدونة وبالله التوفيق .

(١١) في ق ٣ : إلا إذا اتهمه .

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون : أخبرنا ابن القاسم ، قال مالك في الرجل يأتي بحمامة أنثى ويأتي الآخر بذكر على أن يكون الفراخ بينهما إنَّ الفراخ بينهما على الحضانة .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم في هذه المسألة عن مالك على قياس قوله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة يكون لصاحب العمل والأرض ، يريد ويرجع صاحب الحمامة الأنثى على صاحب الحمامة الذكر مثل بيض حَمَامته ويأتي على قياس القول في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر الفراخ لصاحب الحمامة الأنثى لأن البيض له ولصاحب الحمامة الذكر قيمةُ ما أعان به من الحضانة وبالله التوفيق .

مسألـــة

قيل له فإن أتى رجل ببيض إلى رجل فقال له اجعل هذا البيض تحت دجاجتك فما كان من فراخ فبيني وبينك فخرج الفراخ لصاحِبِ الدجاجة ولصاحب البيض بيض مثله وإنما هو عندي بمنزلة الذي يأتي بالقمح الى رجل فيقول له ازرع هذا في أرضك فما ساق إليه من رزق فهو بيننا ، فيزرعه فإن الزرع لصاحب الأرض ولصاحب القمح قمح مثله ومثله السفينة والدابة يعطيان على أن يعمل عليهما على بعض ما يكسب فإن العمل للعامل ولرب السفينة والدابة أجرة مثلهما .

قال محمد بن رشد : وهذا على قياس قوله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة يكون لصاحب البذر أن الفراخ تكون لصاحب البيض ولصاحب الدجاجة قيمة ما حضنت دجاجته ، وعلى هذا يأتي قول سحنون في

نوازله من كتاب الغصْب في الغاصب يغصب البيضة فيحضنها تحت دجاجته فيخرج منها فراخاً أن الفراخ لصاحب البيضة وللغاصِب عليه قدرُ ما حضنت دجاجته وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم من كتاب البيوع والعيوب

قال أصبغ : وسمعت ابن القاسم وسئل عن رجلين اشتركا على أخذ متاع بدين لهما وعليهما ولهما مال ولا مال لهما ، قال : إن كانا يشركان في سلعة بعينها يشتريانها بدين فلا بأس بذلك ، كان لهما رأس مال أو لم يكن وإن كان إنما يشتركان على ما يشتري كل واحد منهما يقولان ما اشترى كل واحد منا بدين ولا مال لهما فنحن فيه شركاء فلا يعجبني ذلك ، قال أصبغ فان وقع نفذ على سنة الشركة وضمناه جميعاً وفسخت الشركة من ذي قبل وقطعت بينهما .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال، ومثله في المدونة وهو مما لا اختلاف فيه أنهما إذا اشتركا في شراء سلعة بعينها بدين فذلك جائز ، وهما شريكان فيها كان لهما مال أو لم يكن لهما مال ، فان اشترط البائعُ عليهما أن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه بجميع الثمن جاز ، وإن لم يشترط ذلك عليهما لم يلزم كل واحد منهما إلا حصتُه حظه من الثمن النصف إن كانت شركتهما على النصف أو الثلث أو الثلثان إن كانت شركتهما على أن لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان أو أقل من ذلك أو أكثر ، إلا أن يكونا شركاء عقد قد اشتركا شركة صحيحة على مال لهما فيكون كل واحد منهما ضامنا لثمن ما اشترى صاحبه بدين اجتمعا في أخذ المتاع بالدين أو افترقا ، وأما إن اشتركا

ولا مال لهما على أن يشتريا بالدين ويكونا شريكين في ذلك يضمن كل واحد منهما ثمن ما اشترى صاحبه فلا يجوز ذلك كما قال، لأنها شركة بالذمم ، ولا تجوز على مذهب مالك وجميع أصحابهالشركة بالذمم ، لأن ذلك غرر ، يقول كل واحد منهما لصاحبه تحمل عني بنصف ما اشتريتُ على أن أتحمل عنك بنصف ما اشتريتَ واختلف إن وقع ذلك ، فقيل تفسخ الشركة بينهما ، ويكون كل واحد منهما ضامناً لما اشترى صاحبهُ قبل الفسخ على ما تعاقدَا عليه وهو قول أصبغ هذا ، ومذهب ابن القاسم في المدونة ، وقيل إنه يكون ضمانُ ما اشترى كل واحد منهما عليه ، لا يكون على صاحبه ، وإلى هذا ذهب سحنون ، وهو القياس على القول بأن شركة الذمم لا تجوز ، وقول ابن القاسم وأصبغ استحسانٌ مراعاةً لقول أبي حنيفة في إجازته شركة الذمم وقوله إنها تنعقد على الوكالة فتجوز على مذهبه حال الافتراق ، كما تجوز حال الاجتماع ، وليس ذلك بصحيح إذ لا غرر فيها حال الاجتماع وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سئل أشهبُ عن شركاء ثلاثة ، في سلعة تَقَاوَمُوها فخرج منها واحد وقعت على الإثنين بربح دينار ، ثم ذهب الخارج فاستوضع البائعَ ديناراً فقام عليه الإثنان لرد ، قال :ذلك لهما إلا أن يخرج ذلك الدينار الذي وضع له فيكون بينهما وبينه أثلاثاً ، قيل له ويسوغ الربح كله ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : قولُ أشهب في هذه المسألة لا يستقيم على حال ، لأنه إن كان خرج من حصته من السلعة لشريكيه فيها بربح دينار على ما إنتهت إليه في المقاومة فاستوضع البائع الدينار فوضعه عنه هو الذي ولي صفقة شرائها فأشرك فيها شريكيه وجب أن يكون للمشرَّك حظه من الوضيعة شاء الذي وضع له أو أبى ، سواء كان حظه باقياً في يديه أو كان قد خرج عنه ببيع

أَوْ غيره، وليس له أن يقول الذي أشركه لا أضع عنك شيئاً وأنت بالخياران شيئت أن تمسك وَإنْ شيئت أن ترد رددت ، وإنما يكون له ذلك في بيع المرابحة لأن المرابحة على سبيل المكايسة ، والشركة على سبيل المعروف ، هذا قوله في المدونة ، وقد قال أبو إسحاق التونسي القياس أن يكون مخيراً في الشركة كالمرابحة ، وعلى هذا يأتي قول أشهب في هذه المسألة ، وإن كان الذي وضع له الدينار فالشركاء الثلاثة ليس هو الذي كان ولي صفقة شرائها وإنما كان اشترى وهم لها جميعاً صفقة واحدة فالدينار الموضوع يكون له خالصاً لا حق فيه لشريكيه على مذهب مالك وأصحابه خلاف ما ذهب إليه الفقهاء السبعة حسبما ذكرناه في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم وَلَوْ كان أحد الشركاء في السلعة باع حظه من شريكه بربح دينار مرابحة لا على سبيل المقاومة لوجب إن كان هو الذي وَلِيَ صفقة شراء السلعة أن يرد على شريكيه ثلثي الدينار شاء أو أبى ، ويكون مخيراً في الثلث التي ناب منه حظه الذي باعه مرابحة بين أن يحطه عنهما قيل ما ينوبه من الربح وقيل دون ما ينوبه من الربح ، فيلزمهما البيعُ ولا يحط ذلك عنهما فيكون لهما أن يرد البيع ، وكذلك ان لم يكن هو الذي ولي الصفقة على مذهب الفقهاء السبعة وأما على مذهب مالك وأصحابه فيكون له ثلثا الدينار لا يلزمه أن يرده عليهما ويكون مخيراً في الثلاثة التي ناب حظه الذي باعه منهما مرابحة على ما ذكرناه وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغ : سألتُ أشهبَ عن ثلاثة نفر اشتركوا بمائة دينار ثم يحضر سفر فيخرج اثنان بجميع المال ويتخلف واحدٌ فلما كانا ببعض الطريق تشاجرا وتفاصلا فاقتسما فأخذ كل واحد منهما مائته ونصف مائة الغائب عنهما فَتَجِرَ أحدُهما في جميع ذلك وربح ، وتجر الآخر فخسر فقال لا ينفع ذلك الحائز يعني في الخسارة مال لا يكون تقدم

اليهما ، قال ويضم المال كله يريد خسارته وربحه فيقسم ذلك بينهما وبين الغائب أثلاثاً كأنهما لم يقتسما المال ، لأنهما لا مقاسمة لهما على الغائب عنهما ، ثم يترادان الإثنان منهما بينهما وتجوز مقاسمتهما فيما بينهما ، ويبرىء كل واحد منهما لصاحبه فيكون على هذا خسارته ، ولهذا ربحه ، قاله أصبغ ، وقال لهذا تفسير وتفسيرها إن كان تقدم إليهما ألا يقتسما فاقتسما فربح الواحدُ وخسِر الآخر ، فإن المقيم لا يلزمه من الخسارة والوضيعة على المتعدي بتعديه بالقسمة، وأما ربح الآخر فإن الربح يكون بينه وبين شريكيه ذلك القسم ، وهو على الشركة ، وكذلك لو وضع لزمه من الوضعية بقدر ماله معه من المال ، وفي الربح اختلاف فمن أصحابنا من قال الربح على الثلث والثلثين ، ومنهم من قال نصفين لأنه وجد الذي قبض نصف مائته وهو الشريك معدماً لرجع على هذا الشريك الآخر لأنه متعد عندما قسم ودفع المال إليه .

قال محمد بن رشد : قوله لا ينفع ذلك الحاضر في الخسارة معناه أنه لا حجة له عليه في القسمة يضمنها الخسارة إلا أن يكون قد تقدم إليهما ألا يقتسما ماله فحينئذ يضمن له ما خسر من نصيبه وأما إن لم ينقدم إليهما في ذلك فيكون الحكم فيه ما ذكره من أن يضم المال كله بخسارته وربحه فيقسم ذلك بينهما وبين الغائب أثلاثاً كأنهما لم يقتسما المال إلى آخر قوله ، وذلك يرجع عند الاعتبار إلى أن يأخذ الغائبُ ثلث ما بيد كل واحد منهما كان قد ربح فيه أو خسر فهو مراده ، ولا معنى للتطويل لما ذكره من الكلام ولا يخلو اقتسام الشريكين دون الثالث الغائب ما بأيديهما من أموالِهما وقال الغائب من ثلاثة أحوال أحدهما أن يكونا فعلا ذلك بعد أن أذن لهما فيه الغائب ، والثاني أن يكونا فعلا ذلك بعد أن نهاهما عنه والثالث أن يكونا فعلا ذلك دون أن يتقدم منه إليهما فيه إذن ولا نهي فأما إن كانا إقتسما المال بعد أن أذن الغائب لهما

في ذلك فأخذ كل واحد منهما مائته ونصف مائة الغائب فلا اختلاف في أن المقاسمة جائزة نافذة على الغائب وفيما بين الشريكين ، فيكون الغائب شريكاً لكل واحد منهما على انفراد بالثلث ، يأخذ ثلث ما بيد كل واحد منهما كان قد ربح فيه أو خسر ، وأما إن كانا اقتسما المال بعد أن نهاهما عن اقتسامه وأخذ كل واحد منهما مائته ونصف مائة الغائب فتجوز قسمتهما على نفسهما فيما بينهما ولا تجوز على الغائب ، ويكون كل واحد منهما متعدياً عليه في ذلك فإن تَجِرَا فربح أحدُهما وخسر الآخر كان الذي خسر ضامناً لما خسر في نصيب الغائب وهو قول أصبغ إنه إن كان تقدم إليهما لم يلزم المقيم من الخسارة شيءٌ وكانت الوضعية عليه بتعديه بالقسمة وفي قوله وكذلك لو وضع يريد الشريك الآخر لزمه من الوضعية بقدر ما له معه من المال إشكال ومراده بذلك أن الشريك الآخر لو وضع كما وضع الأول للزمه أن يضمن للغائب من الوضعية بقدر ما له من المال كما ضمن الآخر فَالْهَاءُ من لزمه عايدة على الشريك الذي تجرَ في المال لا على الغائب ولو لم يبق بيد الذي تجرَ وخسر من المال ما يقوم بحظ الغائب من الخسارة وهو عديم لكان من حقه أن يرجع على الآخر بما نقصَ من حقه ، لأن كل واحد منهما متعد عليه في القسمة فإن رجع بعدم الذي خسر رجع بذلك المرجوع عليه على الذي خسر فاتبعه به ديناً في ذمته لأنه المتعدي بالتجر فيه دون شريكه ، ولو تلف المال في يد أحدهما وهو عديم فرجع الغائب على الآخر لما كان للمرجوع عليه رجوع على الذي تلف المال عنده إذ لم يتعد فيما صار بيده منه ولا تلف بسببه ، وأما إن كانا قد قسما المال دون أن يتقدم إليهما الغائب فيه بإذن أو نهي فاختلف هل يكونان متعديين في قَسْمِهِ أم لا على قولين ؟ أحدهما أنهما لا يكونان متعديين في قسمته كما لو أذن لهما في ذلك ، وهو قول أشهب وأصبغ في هذه الرواية والثاني أنهما يكونان متعديين في قسمته كما لو نهاهما عن ذلك ، وإلى هذا ذهب محمد بن المواز ، وهو أظهر ، ووجه قول أصبغ وأشهب أنه لا ضرر على الغائب في القسمة إذ قد دخل معهما على أن لكل واحد منهما أنْ ينفرد بالبيع والشراء دون

صاحبه ، فالشريكان في قسمة مال الغائب بغير إذنه على مذهب أشهب وأصبغ بخلاف المُودَعَيْنِ للعلة التي ذكرناها ، وقد روى زياد عن مالك أنَّ للمودعين أن يقتسما الوديعة .

فيتحصل في الجملة ثلاثة أقوال ، يضمنان جميعا ولا يضمن واحد منهما ويضمن المودعان ولا يضمن الشريكان ، وقد مضى القول في الحكم على كل واحد من الوجهين فيما خسر أحدهما فلا معنى لتكراره ، وأما ربح أَحَدِهِمَا فقد ذكر في الرواية الاختلاف في ذلك والصحيح أن يكون للغائب ثلث الربح لأنه إنما له ثلث أصل المال الذي كان عنه الربح ، ووجه القول الآخر أن الشريك الذي عمل بالمال قد دخل مع الغائب على أن يتساويا في الربح إذ جعل كل واحد منهما مائة كما جعل صاحبه ، والقسمة لا تلزمه ولا تجوز عليه ، والقول الأول هو الصحيح لأنه يلزم على قياس هذا القول لو ربحا جميعاً أن يأخذ الغائب نصفَ ربح كل واحد منهما فيصير له ربح نصف الجميع وليس له من رأس المال إلا الثلث وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيع والصرف

وسئل أشهبُ عن صناعين حداد وجزار في حانوت واحد اشتركا بعمل هذا مع هذا في جزارته وهذا مع هذا في حديده ، قال : إن كانا يحسنان ذلك جميعاً ويعملان فيه جميعاً فلا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال لأن شركة الأَبْدَانِ لا تجوز إلا مع التعاون في الأعمال لأنهما إذا لم يتعاونا وانفرد كل واحد منهما بعمل له دون شريكه أو أَشْرَاكه إن كانوا جماعة كان ذلك غرراً ، لأن كل واحد منهما يقول لصاحبه لَكَ جُزْءٌ من أجرتي فيما انفرد بعمله ، على أن يكون لي بعض أجرتك فيما تنفرد بعمله دوني ، وذلك أعظم المخاطرة والغرر . وقد مضى بيانُ هذا في آخر رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له فإن استأجر رجلان أجيرين فاشتركا فيما يكتسبان وكل واحد منهما مستأجر لأجيره على حدة ، قال لا بأس بذلك إذا كان الأجيران يعملان جميعاً عملاً واحداً .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال لأن يد كل واحد منهما كيد مستأجره ، فإذا تعاون أجيراهما في العمل كان ذلك كتعاونهما أنفسهما فيه وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له فإن اشتركا في حانوت واحد والعمل مفترق على حدة صنعة كل واحد منهما غير صنعة صاحبه ، قال : لا خير في ذلك ، يريد أن العمل بينهما قيل له فإن اشتركا والعمل واحد والحانوتان مفترقتان قال لا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : قولُ أشهب هذا إنه لا يجوز أن يشتركا في حانوت واحد والعمل مفترق معناه إن انفرد كل واحد منهما بعمله ولم يعمل صاحبه معه فيه على ما قاله فوق هذا ، وأما قوله إنه لا بأس أن يشتركا في العمل ويكونان مفترقين في حانوتين فهو بعيد ، لأن الأصل في شركة الأبدَانِ أنها لا تجوز إلا على التعاون ، وهما إذا افترقا في حانوتين فلم يتعاونا وإذا لم يتعاونا لم تجز الشركة فلا وجه لِقَول أشهب هذا ، إلا أن يكون معناه أنهما يجتمعان جميعاً على أحد الأعمال ثم يأخذ واحد منهما طائفة من العمل فيذهب إلى حانوته فيعمل فيه لرفق يكون له في ذلك من سعة حانوته أو كثرة انشراحه أو قربه من منزله أو ما أشبه ذلك وبالله التوفيق .

ومن كتاب القضاء[١٢]

٤ - العاشر

قال أصبغ سألتُ ابن القاسم عن الشريكين المتفاوضين إذا ترك أحدهما عمل الشركة وَأَخَذَ مَالاً فعمل فيه فربح أو آجر نفسه أَلِصَاحِبِهِ من ذلك شيء ؟ قال لي : لا أرى لصاحبه من ذلك شيء أو أراه كله له ، وإنما هو رجل تعدى فترك العمل والشركة ، فليس ذلك بالذي يوجب لصاحبه فيما ربح من ذلك شيئاً ، قلتُ أفترى لهذا المشتري المتعدي فيما ربح صاحبه الذي كان يعمل معه على الشركة شيئاً ؟ قال : نعم أراه على ربحه في الشركة ، قال أصبغ : لأن النُّقْصانَ يلزمه إذا تركه يعمل بالشركة فكذلك الربح له ، قال أصبغ : قلت لابن القاسم أترى لهذا العامل في الشركة على الذي لم يعمل أجرةً إذا قاسمه الربح قدر ما تركه من العمل معه الذي كان يصيبه ؟ قال : لا ، قال أصبغ : لَا يُعجبني هذا وأرى ذلك له إذا حلف العامل أنه لم يعمل على التطوع له وعنه ، وعلى مقاسمته إلَّا على العمل لنفسه خالصاً إذا اشتغل عنه وعلى أن يُطالبه بعمله وكفايته فاما لوجهين[١٣] ادعاه وحلف عليه رأيت له به الأجرة على قدر الكفاية لنصف ما بَاشَرَ به من حينه ذلك وعلى وجهه خاصة ، وليس على طول الشهور وعددها ولا السنين ولا الأيام إذا كان العمل والتجارة منقطعاً في حال ذلك إن شاء اللّه ، وسئل عنها أشهب فقال ما أرى ربح القراض ولا الأجرة التي آجر بها نفسه إلَّا بينهما أرأيت لو

---

(١٢) في ق ٣ : الوصايا العاشر .

(١٣) كذا بالأصل ، وهو غير ظاهر في نسخة ق ٣ ، ولعل صوابه : فأما لوجه ادعاه .

تسلف يعني مَالاً فعمل به فربح لكان ربحه بينهما .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم في أحد الشريكين المتفاوضين يأخذ مالاً قراضاً فيربح فيه أيؤاجر نفسه إن ذلك له ولا شيء لشريكه فيه أظهرُ من قولِ أشهب أن ذلك بينهما ، وقد بَيَّن ابنُ القاسم في الرواية وجه قوله بقوله: وإنما هو رجل تعدى فترك العمل إلى آخر قوله وأما أشهب فَوَجْهُهُ قوله أن كل واحد من الشريكين كأنه مستأجر لنصف عمل شريكه بنصف عمله هو ، فكما يكون للذي عمل بالقراض الذي أخذه أو بالأجرة التي آجَرَ بها نفسه نصف عمل شريكه في مال الشركة فيستحق بذلك نصف الربح فكذلك يكون للشريك نصف عمله في القراض أو في الأجرة فيستحق بذلك نصف رِبح القراض إن كان فيه ربح أو نصف الأجرة التي آجر بها نفسه، ولا اختلاف في أن ربح مال الشركة الذي عمل به أحد الشريكين ما دام صاحبه يعمل في القراض الذي أخذه أو في الأجرة التي آجر بها نفسه بينهما نصفين واختلف إذا لم يكن للشريك الذي عمل بمال الشركة في ربح القراض ولا في الأجرة شيء على القول بان ذلك للذي أخذ المال القراض وللذي آجر نفسه هل تكون له أجرة على الذي لم يعمل معه لانفراده بالعمل أم لا ؟ فلم يَرَ ابن القاسم في هذه الرواية ذلك له، ورأى ذلك أصبغُ له بعد يمينه أنه لم يعمل على التطوع عن شريكه ، وهذان القولان جاريان على أصل قد اختلف فيه قولُ ابن القاسم وهو السكوت هل يكون كالإذن أم لا؟ فقول اصبغ في هذه المسألة مثل قول عيسى ابن دينار من رأيه في آخر رسم القطعان من سماع عيسى من هذا الكتاب في الرجل يزرع في أرض بينه وبين شريكه أن عليه كراء نصف الأرض لشريكه بعد يمينه إن كان حاضراً خلافُ روايته عن ابن القاسم في أول سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق في الرجل يبني في أرض بينه وبين شريكه وهو حاضر أنه لا كراء عليه لشريكه في نصيبه ، وذلك منصوص لابن القاسم في كتاب ابن المواز في مسألتنا بعينها ، قال في شريكين خرجا الى الريف فابتاعا طعاماً فقدم أحدهما الفسطاط فأخذ قراضاً فربح فيه ، قال : ربحه

له ، وعليه للذي بالريف أجرة مثله فيما ولي بالريف في حصته يريد بعد يمينه كما قال أصبغ ، وكما قال عيسى ابن دينار في الكراء .

وقولُ ابن القاسم إن ربح مال القراض الذي عمل به لا يكون بين الشريكين إذا قال إنما عملت به لنفسي وكذلك الأجرة .

وأما لو قال إنما عملت بذلك على أن يكون الربح أو الأجرة بيني وبين شريكي عوضاً عن عمل شريكي في مال الشركة لوجب أن يكون الشريك مخيراً بين أن يأخذ ذلك عوضاً عن عمله وبين أن يسلمه له ويتبعه بأجرة عمله في حصته .

ولو قال إنما عملت بذلك على أن يكون الربح والأجرة بيني وبينه على سبيل التفضل عليه لكان ذلك منه عِدَةً تجري على الاختلاف في وجوب الحكم بالعِدَةِ إذا كانت على غير سبب ، فقيل إنها لا تلزم وهو المشهور ، وقيل إنها تلزم ، وهو ظاهر قول غير ابن القاسم في كتاب الشركة من المدونة لأنه جعل ذلك من وجه قول الرجل للرجل لك ما أربح في هذه السلعة ، فله أن يقوم عليه بذلك ما لم يفت أو يذهب أو يفلس .

وقول أشهب في هذه الرواية أرأيت لو تسلف مالاً فعمل به فربح لكان ربحه بينهما ليس بحجة على ابن القاسم ، إذ لا يسلم ذلك ولا يقول به ، والذي يأتي على مذهبه في المدونة أن الربح له ، وضمان السلف عليه ، إلا أن يعلم بذلك الشريك ويعمل معه فيكون الربحُ بينهما ، ويكون نصف المال سلفاً للشريك الذي استسلفه على شريكه ، ولو عمل وحده بالمال الذي استسلفه على أن يكون الربح بينهما ويكون نصفُ المال له سلفاً عليه لما لزمه ذلك إلاَّ أن يشاء إذ لا يلزم أحداً قبولُ معروفِ أحدٍ ، ولو عمل بالمال الذي استسلفه وحده على أن يكون الربح بينهما على سبيل التفضل لَجَرَىٰ ذلك على الاختلاف في لزوم العِدَةِ على غير سبب وبالله تعالى التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابنُ القاسم عن رجل وقف على رجل يشتري سلعة فوقف لا يتكلم حتى لما وجب البيع قال الرجل أنا شريكك ، فقال المشتري لا أشركك وإنما قال له ذلك بعد وجوب البيع قال : يشركه إن شاء ، وإن أبى أُلقي في الحبس حتى يفعل إذا كان إنما اشتراه ليبيعه إلا أن يكون اشتراه لمنزله أو ليخرج به إلى بلد آخر فلا يكون له في هذا شركة .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة قد مضى القول عليها مستوفى في أول نوازل أصبغ من جامع البيوع فلا معنى لإعادته والقول فيه باختصار أن الشركة على مذهب مالك لازمه لأهل الأسواق فيما اشتروا للتجارة على غير المزايدة لِمّا كان من الطعام في سوق الطعام لأهل التجارة في ذلك النوع باتفاق ، ولِمّا كان من غير الطعام وإن كان في سوق تلك السلعة أو في غير السوق وإن كان من الطعام أو لغير أهل التجارة في ذلك النوع باختلاف ، وقولي في غير السوق أعني في بعض الأزقة ، وأمّا ما ابتاعه الرجل في داره أو حانوته فلا شرك لأحد معه مِمن حضر الشراء باتفاق .

فيتحصل في الطعام أربعةُ أقوال أيضاً أحَدها أن الشركة تجب لمن حضر البيع وان لم يكن في السوق ولا كان من أهل التجارة بذلك النوع **والثاني** أنها لا تجب له إلا أن يكون ذلك بالسوق وأن يكون من التجارة بذلك النوع ، **والرابع** الشركة تجب له وإن لم يكن من أهل التجارة بذلك النوع إذا كان ذلك في السوق ، ومجموع المسألة خمسة أقوال ، الأربعة التي ذكرناها والخامس الفرق بين الطعام وبين ما سواه من السلع ورأى مالك الحكم بالشركة في ذلك بين أهل الأسواق لنفي الضرر عنهم مخافة إفساد بعضهم على بعض بالزيادة

عليه ، ومما يشبه ذلك من منفعة العامة نهى رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم عن أنْ يبيع حاضر لِبَادِي ، فمنه أخذه مالكٌ واللّه أعلم ، وهذا كله فيما اشترى للتجارة وأما ما اشترى لغير التجارة فالحكم بالشركة فيه باتفاق وباللّه التوفيق .

مسألــة

وسأل عن رجل وقف لشراء سلعة فقال له رجل : أشركني ، فقال له : نعم ثم قال إنما اشركتك بالربع أو بالثلث ، قال القولُ قولُهُ مع يمينه إلا أن يكون أشركه ببينة ، قيل له فإن قال له أشركتك ولم أرد ثلثاً ولا نصفاً ولا أقل ولا أكثر إلا أني قد أشركتك ، فقال يكون له النصف .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم سن من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وباللّه التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل قال لرجل اذهب فاشترِ مِن فلان بقرة عنده واشركني فيها وانقدْ عني ، قال : لا بأس به .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال إنه لا بأس بذلك لأنه أشركه ونقدَ عنه ففعل معه معروفين وقد مضى في رسم استأذن من سماع عيسى ما فيه بيان ذلك وباللّه التوفيق .

مسألــة

وعن عين بين نفر فكان لأحدهم السقي بالليل وللآخر السقي بالنَّهَارِ فأجرى الماء في زرعه بالليل وترك زرع الذي له السقي بالليل قال : عليه قيمة ذلك الماء ، ولا سقي له بالنهار ، لأن سقي الليل

ليس يشبه سقي النهار وسقي الليل أفضل إلاَّ أن يكون له سقي بالليل فيعطيه سقية بالليل مكانها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة المعنى لا اختلاف فيها وهي ترد قول أصبغ في رسم البيوع العاشر من سماعه من كتاب السلم والآجال في سلف الماء أنه لا ينظر فيه إلى الأزمان ولا يعتبر بها فيه ، فترد تلك إلى هذه ولا ترد هذه إلى تلك وقد مضى الكلامُ على قول أصبغ في موضعه مستوفى فلا وجه لإعادته وباللّه التوفيق تم كتاب الشركة بحمد اللّه تعالى وحسن عونه والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما اللهم عونك .

كتاب الشفعة (١)

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون أخبرني ابن القاسم قال سمعت مالكاً قال من باع شقصاً له في دار مشتركة فسلم بعض الشركاء وأبى بعضهم إلا أن يأخذ بشفعته إن ذلك له يأخذ جميع ما باع شريكه نصيبه ونصيب من سَلم من شركائه .

قال محمد بن رشد : أما إذا سَلَّمَ أحد الشفعاء بعدَ وجوبها له ولم يقل لك ولا له على وجه تركها وكراهة الأخذ بها فلا اختلاف ولا إشكال في أن لمن بقي من الشفعاء أن يأخذ حظه وحظ من سلم من شركائه .

وأما إن قال للمشتري قد سلمت لك شفعتي او قال لمن سأله ذلك قد سلمت لك شفعتي فقد وقع لأصبغ في الواضحة أن تسليمه الشفعة له إن كان على وجه الهبة والعطية للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة إلَّا حظه وحظ من لم يسلم للمشتري وللمشتري سهام المُسَلِّمِينَ ، فإذا صح على قول أصبغ هذا

(١) بالأصل بياض للترجمة ولم يكتبها ، وهي من ق ٣ .

للمشتري بالهبة حظ المسلم ولم يكن لمن سواه من الشفعاء أخذه فكذلك البيع على هذا القياس ينزل المشتري منزلة الشفيع للبائع الشفعة فلا يكون لمن سواه من الشفعاء شفعة إلّا أن يكونوا بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حظوظهم وعلى هذا تأول ابن لبابة روايةَ ابن القاسم عن مالك في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل شفعة قد وَجَبَتْ له ولا يهبها فقال معناه من غير المبتاع واستدل على تأويله برواية جلبها من كتاب الدعوى والصلح ، قال يجوز أن يبيع شفعته من المُبْتَاع بعد وجوب صفقته قبل أن يستشفع ولا يجوز له بيعُ ذلك من غيره ومثل هذا حكي أيضاً عن مالك من رواية أشهب عنه أنه قال : ولا يجوز له أن يبيعها من غير المبتاع قبل أن يأخذ شفعته ، واختار هو من رأيه أن لا يبيع الشفعة ولا يهبها لا من المبتاع ولا من غيره وهو الصواب والروايات التي جلبها ليست بجلية لاحتمال أن يتأول على أنه إنما أراد بها أخذ العوض من المبتاع على تسليم الشفعة له بما يجوز له بعد وجوب الصفقة وسمي ذلك بيعاً لما فيه من شبهة البيع ، وقولُ أصبغ بعيد شاذ في النظر وحكى ابن لبابة أيضاً أنه رأى ابن الحسار يعقد لنفسه وثيقة شراء نصيب رجل من مال وما وجب له من الاستشفاع في نصيب كان بيع من ذلك المال قبل ذلك ، قال فلما تمت الوثيقة قال لي هذه من غرائب النتيجات التي لا يعرفها واللّه غيرنا ، يريدني ونفسه .

فالذي يتحصل في هذا أنه لا يجوز للشفيع أن يهب ما وجب له من الاستشفاع لغير المبتاع ولا بيعه منه .

واختلف هل له أن يهب ذلك للمبتاع أو يبيعه منه أم لا على قولين ، أحدهما أن ذلك جائز ويختص المشتري بما اشترى فلا يكون لغير البائع أو الواهب من الشفعاء عليه شفعة إلّا أن يكون بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حقوقهم والثاني أن ذلك لا يجوز وينفسخ البيع فيكون الشفيع على شفعته وينفسخ أيضاً حكم الهبة فيمضي على حكم التسليم .

وأما بيع الشفيع نصيبَه الذي يستشفع قبل أخذه بالشفعة فلا يجوز

باتفـاق وكذلك هبته لا تلزم باتفاق وأما تسليم الشفعة بمال بعد وجوبها له فجائز باتفاق وباللّٰه سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب حَلَفَ لَيَرْفَعَنَّ أَمْراً إِلَى السُّلْطَانِ

قال : وسئل مالك عن رجل باع نصف أرضه بأرض آخر أو زيادة دنانير أترى له شفعة ؟ قال : نعم ، ويكون عليه قيمة أرضه التي أخذها ، قال : وقال ابن القاسم وقد كان يبلغنا من بعض إخواننا أنه كان من قول مالك وغيره من المدنيين أنه إذا علم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد وجه البيع ولم يكن يرضى أن يخرج من داره ويقعد لا دار له ، وكان بعض المدنيين يذكر ذلك ويذكر عن ربيعة أنه لا شفعة في ذلك فكلمنا مالكاً وحاججناه بوجه السكنى وإنما أراد المناقلة ولم يكن ذلك منه على وجه البيع فلم يَرَهُ شيئاً وأنكره وكأنه قاله ورجع عنه ، واتبع الحديث ورآه بيعاً من البيوع، وقال الشفعة فيه ، قال وكذلك لو أعطاها امرأة في صداقها وإنما تَزَوَّجها لهواه فيها فأرى الشفعة فيها ولم ير الذي ذكر عنه شيئاً ، قال ابن القاسم وهو رأيي وهو الشأن ، قال مطرف وابن الماجشون الذي قال مالك لا شفعة فيه إنما ذلك في المناقلة بين الشركاء في المسكنين أو الحائطين أو في الأرضين يناقل أحدهم بعض أشراكه يعطيه حظه في هذه الدار وهذه الأرض وهذا الحائط يحط صاحبه في الدار الأخرى أو الأرض الأخرى أو الأَرْيَط الآخر فيصير حظه من ذَيْنِك الشيئين المفترقين في شيء واحد منهما ، فهذه المناقلة التي قال مالك لا شفعة فيها للشركاء لأنه لم يرد وجه البيع إنما أراد التوسع في حظه وجمعه لكي ينتفع به ، وأما إذا ناقل بنصيبه من هذه

المشتركة بدار أخرى أو أرض أخرى لا نصيب له فيها ولا حظ لكانت في ذلك الشفعة ولجرى مَجْرَى البيع وليس مجرى المناقلة ، وسواء عامل بذلك بعض شركائه أو أجنبياً ممن لا شرك له معه .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة سئل مالك عن رجل باع نصف أرضه بأرض أخرى معناه نصف نصيبه بأرض أخرى وهذه مسألة فيها اختلاف ولها تفصيل ، وتحصيل القول أنه لم يختلف قول مالك في أن في الشقص المبيع الشفعة إذا بيع بعين أو بعرض ، فأما إن باع الرجل شقصه من شريكه أو من أجنبي بأصل أو شقص من أصل له فيه شرك أو لا شرك له فيه فمذهب ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك أن في ذلك كله الشفعة ، ووقع هنا ما ظاهره أن قول مالك اختلف في ذلك كله ، وأنه كان يقول إذا عُلم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد وجه البيع إنه لا شفعة في ذلك ، وأن بعض المدنيين كان يذكر ذلك وأنه قولُ ربيعة ، فعلى هذا تكون المناقلة اختلف في وجوب الشفعة فيها في هذه الأربعة وجوه ، وحكى العتبي عن مطرق وابن الماجشون أنهما قَالاَ إن المناقلة التي قال مالك لا شفعة فيها إنما هي أن يبيع الرجل شقصه من شريكه بِشَقْصٍ من أصل له فيه شرك ، فيكون كل واحد منهما إنما أراد التوسع في حظه مما صار إليه من حظ شريكه عوضاً عَمّا عَاوضه به ، فعلى هذا المناقلة إنما تكون في هذا الوجه الواحد من الأربعة الأوجه المذكورة وروى أبو زيد عن مطرف في الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما شقصه، من شريكه بشقص من أصل له مع شريك آخر أنه لا شفعة لهذا الشريك الآخر في هذا الشقص، لِأَنَّهُ لم يقصد به البيع وإنما أراد التوسع في حظه ، وكذلك على قول مطرف هذا لو كانت دار بين ثلاثة نَفَرٍ فباع أحدهم حظه من أحد شريكيه بأصل فلا شفعة للشريك الثالث الذي لم يرد البيع وإنما أراد التوسع في حظه، فعلى قول مطرف هذا تكون المناقلة المختلف في إيجاب الشفعة فيها في ثلاثة وجوه، وأصله أنك متى وجدت أحد المتعاوضين في الأصول قد

أخذ من صاحبه شقصاً فيما له فيه شقص فهي المناقلة التي لا شفعة فيها فعلى رواية مطرف وابن الماجشون أن المعاملة في الأصول لا تكون مناقلة وتسقط فيها الشفعة حتى يكون كل واحد منهما قد أخذ من صاحبه شقصاً فيما له فيه شقص . وعلى ظاهر ما وقع في هذه المسألة من رواية ابن القاسم عن مالك أن المعاملة في الأصول كيف ما وقعت فهي مناقلة لا تجب فيها الشفعة على أحد القولين ، ففي تعيين المناقلة المختلف في إيجاب الشفعة فيها ثلاثة أقوال على ما بيناه ، وفي المدنية لابن كنانة أنه سئل عن ورثة بينهم أرض هم فيها أشراك فقال رجل من الورثة للورثة اعطوني حقي في مكان واحد واجمعوا لي أرضي في ناحية واحدة فرضوا بذلك وفعلوا ثم إن الشركاء في الأرض أرادوا الأخذ بشفعتهم وقالوا قد بعت قال : يحلف الذي جمعت له ارضه في مكان واحد بالله ما أردت بيعاً وما أردت إلا أن يجمع لي أرضي في مكان واحد فإذا حلف احتبس أرضه ولم يكن لاولئك فيها شفعة ، قال عيسى قال ابن القاسم لا شفعة فيه وقول ابن القاسم هو الصحيح وأما قول ابن كنانة فهو بعيد لأن ذلك ليس ببيع وإنما هي قسمة وليس لأحد المتقاسمين على صاحبه شفعة وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالك عن أخوين وَرِثَا دارين فباع أحدهما أحد الدارين فعلم أخوه الذي لم يبع فقال أنا آخذ هذه الدار التي بعت بشفعتي وأقَاسِمُكَ الأخرى ، فقال له الذي باع ليس لك ذلك ولكن أقاسمك الدارين فإن تقع الدار التي بعتَ لي نفذ بيعي وإلاّ تقع لي بطل بيعي وتكون لك قال مالك ليس ذلك له وأرى أن يأخذها أخوه بشفعته فيها ويقاسمه الأخرى وليس له أن يأبى ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في آخر كتاب الشفعة من المدونة في الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما طَائِفَةً منها بعينها ولا اختلاف فيها

عندي من أجل حق المشتري ، بخلاف مسألة أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الإستحقاق في أرض بين الرجلين يَبْني أحدهما فيها بُنياناً وشريكُهُ غائبٌ أنهما يقتسمان الأرض فإن كان بنيانه فيما صار له من الأرض كان له وكان عليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب صاحبه ، وان كان البنيان والغرس في نصيب غيره خُيّرَ الذي صار له في نصيبه بين أن يعطيه قيمته منقوضاً وبين أن يسلم إليه نقضه ينقله ويكون له ايضاً من الكراء على الباقي بقدر ما انتفع به من مصابة صاحبه الغائب لأن ذلك إنما يكون إذا اختلفا في القسمة فدعا إليها أحدهما ودعا أحدهما إلى أن يحكم بينهما في الغرس والبناء قبل القسمة حسبما ذكرناه هناك فيدْخل في تلك الخلاف من هذه ولا يدخل من هذه الخلاف في تلك من أجل حق المبتاع لأنه قد يقول وجب لي حظ البائع من الدار فليس لكما أن تقتسما قبلُ مَخَافَةَ أن تصير الدار لغير البائع فيبطل جميع شِرَائي فالواجبُ أن يأخذ الشريكُ نصفَ الدار بالإسْتِحْقَاقِ ونصفها بالشفعة إلاَّ أن يتفقا على القسمة قبل ويرضى بذلك المبتاع فيجوز وبالله التوفيق .

ومن كتاب البـزّ

وسئل مالك عن رجل باع شركاً له في دار فأقام شريكُهُ تسعةَ أشهر ثم طلب أن يأخذ بالشفعة أترى ذلك به ؟ قال : نعم مَا تِسعةُ أشهر عندي بكثير ، وإني أرى أن يحلف بالله ما كانت إقامتُهُ تركاً لشفعته ويأخذ شفعته في هذا إلاّ أن يأتي من ذلك ما يطول زمانه .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في المدونة في التسعة الأشهر والسنة لأنه لم ير السنة فيها كثيراً ولو قام بعد الشهر أو الشهرين لم يكن عليه يمين على ما قال في رسم الشجرة بعد هذا إلاّ أن يكون قد كتب شهادته في عقد الشراء فيلزمه اليمين إن قام بقرب ذلك بعد العشرة الأيام ونحوها على ما قاله بعد هذا في رسم باع ، ولو كتب شهادته في عقد الشراء ولم يقم إلا بعد

شهرين لم يكن له شفعة .

فتحصيل هذه المسألة أنه إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب مثل الشهر والشهرين كانت له الشفعة دون يمين ، وإن لم يقم إلا بعد السبعة أو التسعة أو السنة على ما في المدونة كانت له الشفعة بعد يمينه أنه لم يترك القيامَ راضياً بإسقاط حقه ، وإن طال الأمر أكثر من السنة لم تكن له شفعة ، وأما إن كتب شهادته وقام بالقرب أو العشرة الأيام ونحوها كانت له الشفعة بعد يمينه ، وإن لم يقم إلا بعد الشهرين لم يكن له شفعة وإذا قال لم أعلم بالشفعة فالقولُ قولُهُ مع يمينه ، وإن كان حاضراً بالبلد وإن كان بعد أربع سنين ، قاله ابن عبد الحكم .

وقد اختلف في الحد الذي تنقطع فيه شفعة الحاضر بمجرد السكوت بعد العلم بالبيع على أربعة أقوال أحدها أن حده السنة وهو قول أشهب وروايته عن مالك والثاني قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ان السنة قليل ولا ينقطع إلّا فيما فرق السنة والثالث قول مطرف وابن الماجشون أنه على شفعته ما لم يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك أو يتركها طوعاً منه ويشهد بذلك على نفسه أو يمضي من طول الزمان ما يدل على أنه كان تركاً له والخمس سنين قليل إلا أن يُحدث المشتري فيها بنياناً أو عرشاً فتنقطع شفعته في أقل من ذلك ، فكأنهما رأيا الحد في ذلك ما تكون فيه الحيازة ، والرابع أنه على شفعته وإن طال ما لم يصرح بتركها روى ذلك عن مالك وهو مذهب الشافعي وأبو حنيفة يقول بضد ذلك أن الشفعة إنما هي الوقوف فإن لم يقم بشفعته ساعةَ عَلِمَ بالبيع فلا شفعة له ، وهو قول خامس في المسألة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله
تأخير صلاة العشاء في الحَرَسِ

وسئل مالك عن أربعة إخوة باع أحدهم نصيبه من دار لهم

فسلم إخوتُهُ للمشتري ما اشترى أتراه شفيعاً معهم إذا باع أحد منهم ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال وهو مما لا أعلم فيه اختلافاً لأن المبتاع يحل مَحَلَّ بائعه، واختلف لو كان المبتاعون لِسَهْم الواحد جماعةً فباع أحدهم حظه فقال ابن القاسم لا يكون أشراكه أحقَّ بالشفعة من أشـرَاكِ البائع منهم ، وقال أشهبُ أشراكُهُ أحقُّ بالشفعة من أشراك البائع لأنهم كأهل سهم واحد وبالله تعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله كتب عليه ذُكْرَ حَقٍّ

وسئل مالك عن حائط بين رجلين تصدق أحدهما بنصيبه على قوم وعلى عقبهم ما عاشوا ، ثم إن الشريك باع نصيبه فأراد أهل الصدقة أن يأخذوا حصة شريكهم بالشفعة ، قال مالك : ليس لهم في مثل هذا شفعة ، إنما هي صدقة فما أرى الشفعة تكون في الصدقة ، قال : وسمعتُهُ يقول غيرَ مرة : قال ابن القاسم وبلغني عن مالك أنه قال إذا أراد صاحب المتصدق أن يأخذ بالشفعة لم يكن ذلك له إلاّ أن يلحقه بالحُبُس فيكون ذلك له .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أن أهل الصدقة أرادوا أن يأخذوا بالشفعة لأنفسهم مِلْكاً فلذلك لم ير لهم شفعة ولو أرادوا أن يأخذوا بالشفعة ليلحقوها بالحُبُس لكان ذلك لهم، وكذلك لو أراد المحبس أن يأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن ذلك له ولو أراد أن يأخذ بها يلحقها بالحبس كان ذلك له ، وعلى قياس هذا لو أراد رجل أجنبي أن يأخذ بالشفعة للحبس لكان ذلك له ، وهذا على القول بأن من تصدق على رجل وَعَقِبِهِ بعقار ما عاشوا فإنها لا ترجع للمُحَبِّس بحال أبداً وَتَكُونُ مِلكاً لآخر العقب على ما روى أشهب عن

مالك في كتاب الحبس أو يرجع بمرجع الأحباس على ما حكاه ابن عبدوس وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة وأما على القول بأنه يرجع إلى المحبس ملكاً بعد انقراض المتصدق عليه وعقبه فَلِلْمُحَبِس أن يأخذ بالشفعة لنفسه على ما حكى ابن حبيب عن مطرف من أن الحبس إذا كان له مرجع إلى المحبس فالشفعة له مَالٌ من مَالِهِ وبالله التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل مالك عن رجل باع شقصاً له في أرض وشفيعه حاضر وشهد فيها ثم إنه بدا له بعد عشرة أيام ونحوها أن يأخذها بالشفعة قال أرى ذلك له وأشد ما عليه أن يحلف بالله ما كان ذلك منه تركاً لشفعته ثم يأخذ ماله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم البز قبل هذا فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق .

ومن كتاب صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل عن قوم لهم ثمرة حائط صدقة فأراد رجل ممن له أصل في ذلك الحائط أن يبيع أترى لهم سفعة ؟ قال : لا شفعة لهم ، وإنما الشفعة لمن كان له أصل مال ، قال مالك : ولو كان المحبِّسُ حياً وأراد أن يأخذ بالشفعة ليلحق ذلك بحبسه كان ذلك له ، وإن لم يكن يريد أن يلحقه بحبسه فلا شفعة له .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في

رسم كتب عليه ذكر حق فلا معنى لإعادته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب الشجرة

وسئل عن الشريكين في الدار يبيع أحدهما نصيبه فيقيم شريكه شهراً أو شهرين لا يطلب ثم يريد أخذها ، قال : ذلك له ما لم يتطاول ذلك ، قلت له أفترى الشهرين قريباً ؟ قال: نعم قلت له أفيحلف أن إقامته ما كانت تَركاً لذلك ، قال لا أرى عليه في مثل هذا يميناً إلَّا أن يأتي من ذلك ما يُسْتَنْكَرُ من تباعد ذلك فأرى أن يحلف .

قال محمد بن رشد : قد مضى تحصيل القول فيها في رسم البز قبل هذا فلا معنى لاعادته وبالله التوفيق .

من سماع أشهب
وابن نافع من مالك رواية سحنون

قال سحنون قال أشهب وابنْ نافع : سئل مالك عمن ابتاع شركاً له في مال قيمته عند الناس عشرون ومائة درهم ثم زعم المشتري أنه ابتاعه بمائتي درهم وزعم البائع ذلك أيضاً فأراد الذي له الشفعة أن يحلف البائع أو المبتاع، وزعم أنه إنما أراد أن يقطعا عليه شفعته ولم يأت على ذلك ببينة،قال ذلك في الأثمان مختلف لحاجتهم أما إذا كان المشتري السلطان أو الشريك في المال والجديد فيه أو الجار فإن هؤلاء ربما بالغوا في إعطاء الثمن لحاجتهم إلى ذلك وخفة مؤنته عليهم لقدرة السلطان وخفة الشأن عليه ، ولرغبة الجديد فيه والجار في ذلك وَلِكَرَاهِيَة أن يشاركه أحد

فيه أو يجاوره ، فإذا كان هذا فلا أرى على أحد يميناً ، لأن بعض هؤلاء قد يشتري المال لهذا الأمر بأضعاف ثمنه ، وأما إذا كان على غير هذا من الأمر الذي وصفت لك واشترى ذلك بما لا يعرف من الثمن فإني أرى على المبتاع اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو لقد ابتاعه بهذا الثمن ولا أرى على البائع يميناً لأنه لو أبى أن يحلف لم يكن عليه في ذلك شيء ، وإنما اليمين على المبتاع إذا لم يكن على ما وَصَفْتُ لك واشترى من الثمن ما يُسْتَنْكَرُ ولا يعرف .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة كان الشيوخُ يحملونها على أنها خلاف لما في الدونة ، لأنه قال فيها القولُ قولُ المشتري ولا يمين عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه ، وقال في المدونة القولُ قولُ المشتري يريد مع يمينه إلاّ أن يأتي بما لا يشبه فيصدق ويكون القول قول الشفيع ، وليس ذلك بصحيح ، لأن معنى رواية أشهب هذه أن الشفيع لم يحقق الدعوى على المشتري ولا ادعي معرفة الثمن ، وإنما أراد أن يحلفه بالتهمة فلم يوجبها عليه إلا في الموضع الذي تظهر فيه التهمة وهو أن يأتي بما لا يشبه من الثمن ، وذلك بين من سياقة المسألة ، ومعنى ما في المدونة أنهما اختلفا في الثمن وحقق كل واحد منهم الدعوى فيه على صاحبه ، فوجب أن يكون القولُ قولَ المشتري إذا أتى بما يشبه فإن لم يأت بما يشبه كان القول قول الشفيع إن أتى بما يشبه فإن لم يأت بما يشبه حلفا جميعاً على دعواهما ، وكانت له الشفعة بالقيمة ، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القولُ قولَ الحالف وإن أتى بما لا يشبه ، لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه ، ولا اختلاف عندي في هذه المسألة إذا اختلفا في الثمن وحقق كل واحد منهما الدعوى على صاحبه ، وأما إذا لم يحقق الشفيعُ الدعوى على المشتري وأتى المشتري بما يشبه فقيل إنه لا يمين عليه ، وهو قول مالك في هذه الرواية ، وقيل القول قوله مع يمينه إلا أن تكون على ذلك بينة بتعاور البائع مع المشتري على ما ادعاه ، وأما ان أتى بما لا

يشبه فقيل القول قولُهُ مع يمينه والشّفِيعُ بالخيار إن شاء أخذ بذلك وإن شاء ترك، وهو قول مالك في هذه الرواية ، وقول مطرف في الواضحة ، وقيل إن الشفيع بالخيار إن شاء أن يأخذ بالقيمة أخذ لأن المشتري يتهم على تغيب الثمن لقطع الشفعة إلا أن تكون له بينة على مشاهدة السفقة والنقد ، فيكون الشفيع مخيراً بين أن يأخذ بذلك أو يترك ، وهو قول سحنون ، ولا تأثير للبينة في هذا على تعاور البائع مع المشتري على الثمن الذي ادعاه ، قاله ابن حبيب في الواضحة ، ولا يمتنع عندي أن يكون له شاهد يحلف معه إذا كان عدلاً ولم يتهم في شهادته على ما قاله ابن القاسم في أول سماع أبي زيد في مسألة اللؤلؤ إذ لا تهمة عليه في شهادته له ، وإنما كان يتهم لو شهد للشفيع على المشتري لأنه يقلل العُهدة على نفسه فيما يستحق من الشقص أن استحق منه شيء ، وإذا اختلفا المتبايعان في ثمن الشقص فَتَحَالَفَا وتَفَاسَخَا لم يكن للشفيع شفعة ، ويشبه أن يكون له الشفعة إذا رضي أن تكون عهدته على البائع ، لأنه يقر أن الشقص للمشتري ، واختلف إن نكل المشتري وحلف البائع فقيل يأخذ الشفيع إن شاء بالثمن الذي حلف عليه البائع ، وقيل بل يأخذ بالثمن الذي أقر المشتري أنه اشتراه به ، ولِكِلَا القولين وجه، والاظهرُ ألَّا يكون للشفيع أن يأخذ إلَّا بالثمن الذي حلف عليه البائع وأخذه ، ولا إشكال إذا حلف المشتري ونكل البائع في أنه يأخذ بما حلف عليه المشتري وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك هل في الثمرة شفعة ؟ فقيل أفي رؤوس النخل هي ؟ فقيل : نعم ، قال فيه الشفعة ، وإنما تكون الشفعة في الأرض وفي كُلِّ ما انبتت الأرضُ، وسئل هل في الزرع شفعة ؟ قال : لا إن كان قَبْلَ أن يحل بيعه ، فهذا لا يصلح ، وإن كان بعد أن يبس واستحصد وحل بيعه فلا يصلح أن يقتسماه إلَّا بكيل ولا تكون

السفعة في مثل هذا وليس هذا مثل الأول .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله في أول هذه المسألة وإنما تكون الشفعة في الأرض وفي كل ما انبتت الأرض أن في الزرع الشفعة خلاف ما نص عليه بعد ذلك ، وفي المدونة من أنه لا شفعة في الزرع وفي تعليله سقوط الشفعة في الزرع ها هنا وفي المدونة بأن بيعه لا يجوز حتى ييبس فإذا ،بس لم يصلح أن يقتسم إلاّ بالكيل ما يدل على أن الشفعة تجب فيه إذا بيع بعد أن أَفْتَرَكَ وقبل أن ييبس على مذهب من يجير ذلك من أهل العلم أو يرى العقد فيه فوتاً إذا وقع من أصحابنا أو إذا بيع مع الأصل بعد أن نبت ، لأنه قد وقع عليه حصته من الثمن ، وقد قيل إن الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل قبل أن ينبت لأنه قد وقع عليه حصة من الثمن ، وقد قيل إن الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل قبل أن ينبت لأنه قد وقع عليه حصته من الثمن على كل حال لما فيه من البذر الذي قد أخرجه البائع من عنده بخلاف الثمرة إذا بيعت مع الأصل قبل أن تؤبر لأنها إذا لم تؤبر فلم يقع عليها حصة من الثمن فإنما يأخذها الشفيع بالشفعة على مذهب ابن القاسم ما لم تجد من جهة الاستحقاق لا من جهة الشفعة ، فاختلاف قول مالك في ايجاب الشفعة في الزرع على أصل قد اختلف فيه قولُهُ اختلافاً واحداً وهو ما كان متشبثاً بالأصول ومتصلاً بها كالثمرة والكراء ورقيق الحائط إذا بيعوا مع الحائط والرحا إذا بيعت مع الأصل والماء ، والنقض إذا بيعا دون الأصل فمرة قال مالك في ذلك كله الشفعة لتعلقه بأصل ما فيه الشفعة ، ومرة قال إن ذلك كالعروض المنفصلة من الأرض فلا شفعة فيها ، وفي قوله أيضاً إن الشفعة في كل ما انبتت الأرض دليل ظاهر من جهة العموم أن الشفعة واجبة في القول ، وسيأتي القول على ذلك في آخر سماع أبي زيد إن شاء الله وبه التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

وسئل عمن باع شقصاً في حائِطِ غَائِبٍ فقال الشفيع حتى

اذهب فأنظر إلى شفعته وهي ليست معه في القرية ، قال ليس ذلك له فراجعه السائل، فقال إن كان الحائط على ساعة من نهار فذلك له والا فليس ذلك له يخرج فيقيم ايضاً عشرة أيام ثم يجيء .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في كتاب ابن المواز وظاهِرُ ما في المدونة من أن الشفيع إنما يؤخر في النقد لا في الإِرْتِيَاءِ في الأخذ، وهو مثل ما في هذا السماع من كتاب الايلاء في المُولى يُوقَفُ أنه ليس له في ذلك أجل يترك إليه لينظر ، وإنما هو في مجلسه ذلك ، ومثل ما في كتاب النكـاح الثالث من المدونة في الزوجين المجوسين يسلم الزوج فيعرض عليها الإسلام أنه يُفَرِّقُ بينها إن لم تسلم ولا تؤخر ، بخلاف إذا غفل عن عرض الإسلام عليها ومثله المملكة يوقفها السلطانُ أنها لا تؤخر لتستشير وتنظر وهو عُذر للشفيع يغيب عنه الحائط وإن كان لم يره أو كان قد رآه وطال عهده به وصف كما توصف الأرض والدار الغائبة ، وقد قال ابن عبد الحكم في المختصر يؤخر الإمام اليومين والثلاثة يستشير وينظر ، قاله والله أعلم قياساً على استتابة المرتد وعلى حديث المصراة ، ولا يبعد دخول هذا الاختلاف في هذه المسائل كلها لقرب معانيها ، والأصل في الثلاثة الأيام في هذه المعاني قول اللّه عز وجل : ﴿ فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْذُوبٍ ﴾(١م) ومنه أخذ القضاة التلوم ثلاثة أيام بعد الآجال ومنه استظهار الحائض بثلاثة أيام وباللّه التوفيق .

مسألــة

قال وسئل عن الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما نصيبه وشريكه مفلس فيقول له رجل من الناس خذ بالشفعة وأنا أربحك كذا

(١م) الآية ٦٥ من سورة هود .

وكذا فأخذ بالشفعة فيسلم إليه الشفعة فيعطيه الذي أربحه فيظهر بعدُ على أنه أخذها لغيره ويقر بذلك ويقول : لم يكن لي شيء وقال لي هذا الرجل خذه ولك كذا كذا ، فقال مالك أما أصل البيع فلا يجوز، ولكن من أين يعلم هذا أنه قال له ذلك؟ فقيل له يقر بذلك صاحب الشفعة ، فقال ليس اقراره بشيء ولكن لو ثبت ببينة أو أمر ثابت رأيتُ أَنْ يرد في رأي المشتري لأنه إنما أخذ الشفعة لغيره ولكن كيف يُعلم هذا وإذا عُلِمَ رد .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه ليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة لغيره ، لأن الحق إنما هو له لدفع الضرر عن نفسه ، قيل ضرر الإشتراك وقيل ضررُ القسمة ، وكذلك ليس له أن يأخذ بالبيع ، وقد قالوا في المديان إن له أن يأخذ بالشفعة فيباع لغرمائه ، وفي ذلك نظر ، لأنه إنما يأخذ للبيع وقد استحسن أشهب ألاَّ يكون ذلك ، وأما المريض فإنه يأخذ بالشفعة ولا إعتراض في ذلك ، وإن كان أخذه في هذه الحال إنما هو لورثته لأنه إن لم يأخذ ذلك في مرضه كان لهم أن يأخذوه لأنفسهم بعد موته وباللّه التوفيق .

مسألـــة

قلت لمالك أرأيت الذي يوصي في حائط له لقوم بثلثه أو بسهم منه معلوم أو أجر معلوم فيبيع بعضهم ؟ فقال إذا باع بعضهم فشركاؤه في ذلك الثلث أو ذلك السهم أحق بالشفعة فيما باع شريكهم فيه من أهل الحائط .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك هذا في رواية أشهب عنه أن الموصى لهم أهل سهم واحد مثلُه في كتاب ابن المواز وحكاه عن أشهب وابن عبد الحكم وحكاه الفضل عن عيسى ابن دينار وابن القاسم بجعلهم كالعصبة فيرى للورثة الدخول معهم ، وعلى هذا الاختلاف يختلف في الموصى له

بجزء يَطْرَأُ على الورثة فقيل إنه بمنزلة طُرُوِّ الغريم على الورثة ، وإلى هذا ذهب ابن حبيب وهو على قياس قول ابن القاسم ، وقيل إنه بمنزلة طروّ الوارث على الورثة ، وهو مذهب ابن القاسم ، وذلك يرد قولَه أن المُوصَىٰ لهم ليسوا بأهل سهم وباللَّه التوفيق .

مسألـــة

قلت أرأيت العصبة يرثون ما بقي من المال أيكونون أحق بالشفعة بينهم ؟ فقال : لا .

قال محمد بن رشد : قد روي عن مالك في العصبة أنهم أهل سهم وهو بعيد لم يأخذ به ابن القاسم ورآه خطأً وباللَّه التوفيق .

مسألـــة

وسئل عمن ابتاع من رجل شقصاً له في أرض ثم يأتي إلى الشفيع فيقول له أني ابتعت أرضاً لفلان فإن كان لك بالشفعة حاجة فخذها ، فيقول بكم ابتعتها فيقول بألف دينار فيقول الشفيع ليس هذا ثمنها ولقد اشتريتها بأقل من هذا فاحلف لي لقد اشتريتها بهذا الثمن على منبر رسول اللَّه صلى اللَّه عليه وسلم، فقال: ذلك يختلف، أما في الثمن الكثير المتفاوت إذا علم أنه ليس ثمنها فإن على المشتري أن يحلف لقد اشتريتُها بذلك ، ولا أرى على البائع يميناً ، والمشتري هو الذي له الأرض والذي يؤخذ منه بالشفعة ، فأرى عليه اليمين على منبر الرسول صلى اللَّه عليه وسلم، وإنما يكون ذلك عليه واجباً إذا جاء بما لا يشبه ثمن الأرض .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام فيها مستوفى في أول السماع فلا معنى لإعادته وبالله تعالى التوفيق .

مسألــة

قال وسئل عن الذي يشتري البقعة فيبني فيها ويعمر فيأتي من يستحقها بشفعة فيقول الثاني أعطـني ما انفقتُ ، فقال : ليس إلا قيمة ما بنى يوم يأخذ الرجل بالشفعة بَنَى بُنْيَانَهَا فانهدم أو فسده المطر أو مال أو انكسر أو خرب .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في سماع أشهب من كتاب الاستحقاق فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع الأول

وسئل عن رجل كانت له أرض مشتركة مع قوم فأفلس وعليه دين فبيعت الأرض فيه يريد بأمر السلطان هل فيها شفعة؟ قال: نعم ، وليس السلطان يقطع الشفعة .

قال محمد بن رشد : أشهب يستحسن ألَّا يكونَ في هذا شفعة ، وقد مضى القول على هذا في الرسم الذي قبل هذا والله الموفق .

من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

قال عيسى سألت ابن القاسم عن الثمرة هل فيها شفعة ؟ قال : نعم قلت فإن أصابت الثمرةَ جائحةٌ هل يرجع آخذ الشفعة على بائع الثمرة بشيء ؟ قال : نعم ، قلت فعلى من يرجع أعلى شريكه الذي باع منه أو على آخذ الشفعة من يديه ؟ قال : على الذي أخذها من يديه ، قال عيسى : ويرجع المشتري على البائع .

قال محمد بن رشد : قوله في الثمرة إن فيها الشفعة يريد ما لم تيبس فهو نص قوله في المدونة ودليل قوله ها هنا إذا قال إن الجائحة فيها إذْ لو كان من مذهبه أن الشفعة فيها وإن يبست ما لم تجد ما أطلق القول بوجوب الجائحة فيها ، ولقال إن الجائحة تجب فيها إذا استشفعها قبل أن تيبس وقد قال ابن القاسم إن فيها الشفعة وإن يبست ما لم تُجَدَّ إذا اشتراها مع الأصول بعد الطياب ، ولا فرق بين المسألتين فهو اختلاف من قوله مَرَّة رأى في الثمرة الشفعة ما لم تيبس ، ومرة رآهَا فيها ما لم تجد وقوله عندي ما لم تجد أو ما لم يزبب على ما قاله في المدونة معناه ما لم تبلغ حَدَّ جدادها للتيبيس أو التزبيب إذ لا تيبس الثمرة في أصولها حتى تجد منها ، فالمعنى على ذلك في هذا القول أن الشفعة فيها ما لم يجد جدادها للتيبس إن كانت مِمَّا ييبس أو للأكل خَضْرَاءَ إن كانت مما لا ييبس وكذلك قال ابن كنانة في المدنية أن الشفعة في الثمرة ما لم تيبس ، وقوله الثاني إن الشفعة فيها وإن حانَ جَدَادُها مـا لم تجد .

وقوله في الرواية إن الجائحة فيها صحيح على المشهور في المذهب من أن الأخذ بالشفعة ينزل منزلة البيع فيما يختص به من الأحكام ويأتي على مذهب من ينزله في ذلك منزلة الإستحقاق أَنْ لا جائحة فيها .

وأما قوله إنه يرجع بالجائحة في الثمرة على المشتري الذي أخذها من يديه فهو صحيح على المنصوص في أن عهدته عليه ، وقد وقع في كتاب الشفعة من المدونة ما يدل على أنه مخير في كتاب عهدته على من شاء منهما ، وهو بعيد في النظر لا يحمله القياس ، لأن الشفعة لا تخلو من ان يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق ، فإن حكم لها بحكم البيع وهو الأظهر كانت العهدة على المشتري ، والرجوع بالجائحة عليه ، وهو مذهب ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إنْ أَخَذَ الشَّفيعُ الشقص من يد البائع فالعهدة عليه وإن أخذه من يد المبتاع فالعُهدة عليه ، وقول مالك أظهر الأقوال ، لأن البيع لم ينفسخ فيما بين البائع والمشتري ، فالحق انما هو واجب للشفيع على المشتري بإيجابِ النبي عليه السلام ذلك له عليه ، ووجهُ قول ابن أبي ليلى أن الأخذ بالشفعة استحقاق فينتقض البيع ويأخذ الشقص من

البائع بما باع به . فيدفع الثمن إليه إن كان لم يقبضه من المشتري ، وإن كان قد قبضه منه دفعه إلى المشتري ، لأن الواجب أن يرد اليه إذا انتقض البيع ، ووجه ما وقع في كتاب الشفعة من الدليل على أن الشفيع مخير في كتاب عهدته على من شاء منهما أنه بالخيار بين أن يجيز البيعَ فتكون عهدته على المشتري على حكم البيع وبين أن ينقض البيع فتكون عهدته على البائع على حكم الاستحقاق ، وقول عيسى ابن دينار إن المشتري يرجع على البائع بما يرجع به الشفيع عليه من الجائحة صحيح مفسر لقول ابن القاسم ، لأنه حق لكل واحد منهما على صاحبه ولو وجد الشفيع المشتري عديماً لكان من حقه أن يرجع على البائع لأنه غريم غريمه وبالله التوفيق .

وَمِنْ كتَاب
أَسْلَمَ وَلَهُ بَنُونَ صِغَارٌ

وسئل عن الرجل يكون له شريك في أرض مبهمة فيغيب عنه فيبيع شريكه سهمه ثم يبيع الشريك الغائبُ وهو لا يعلم ببيع صاحبه هل يكون له أن يأخذ بالشفعة ؟ قال : ذلك له ويكتب عهدته على الذي يعطيه الدنانير ويأخذها من يديه .

قال محمد بن رشد : قولهُ في أرض مبهمة يريد غير معينة ولا محوزة إلاّ أنها معروفة بالتسمية قد رَآها المشتري أو وُصفت له إذ لو كانت غير معينة ولا محوزة ولا معروفة بالتسمية لما جاز بيعها ولا بيع جزء منها وفي قوله وهو لا يعلم ببيع صاحبه دليلُ على أنه لو علم ببيع صاحبه لم تكن له شفعة وإن كان دليلاً فيه ضُعف إذ لم يقع ذلك في الجواب وإنما وقع في السؤال فالمعنى يؤيده لأنه إذا باع حقه بعد أن علم ببيع شريكه حظه فقد رغب عن المبيع ، وأما إذا باع حظه قبل أن يعلم ببيع شريكه حظه فمن حجته أن يقول إنما بعتُ حظي لزهادتي فيه لقلته، ولو علمتُ أن شريكي باع لما بعت حظي وَلأَخَذت

بالشفعة ، وهذا بين ، ففي المسألة ثلاثة أقوال أحدها هذا والثاني أن له الشفعة وإن باع حظه بعد أن علم ببيع شريكه حظه وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه بعد هذا في رسم الصبرة وأحد قولي مالك والثالث أنه لا شفعة له إذا باع حظه وإن لن يعلم ببيع شريكه وهو أحد قولي مالك وظاهر ما في كتاب الشفعة من المدونة لابن القاسم لأنه قال فيه فيمن باع شقصاً بخيار ثم باع صاحبه بَيْعَ بَتٍّ أن الشفعة للمشتري بالخيار على مشتري البت إن اختار امضاء الشراء ، ووجه قوله أن بيع الخيار إذا أمضى فكأنه لم يزل ماضياً لمشتريه من يوم عقده وصار ملكاً له بالشراء قبل بيع البتل ، فلم يبع بائع البتل سهمه على هذا التعليل إلا بعد وجوب الشفعة له فيما بيع بالخيار ، فلو كان من مذهبه أن يبيع الشفيعُ سهمه بعد وجوب الشفعة لا تسقط شفعتُهُ لأوجب لبائع البتل الشفعة على مشتري الخيار وَلَمّا كان لمشتري الخيار شفعة على مشتري البت حتى يعرض الشفعة على بائع البت فيتركها على ما روى يحيى عن ابن القاسم في رسم الصبرة بعد هذا أن الشفعة للبائع الثاني فيما باع الأول حتى يترك البائع الثاني فيجب للمشتري من البائع الأول على المشتري من البائع الثاني .

فإن باع بعض حظه على قياس هذا القول كان له من الشفعة بقدر ما بقي من حظه وقع اختلاف قول مالك في هذا في كتاب ابن عبدوس حكى عن أشهب أنه قال اختلف قولُ مالك فيه ، فمرة قال إنَّ الشفعة لا تسقط عنه ببيع نصيبه ، ومرة قال إنما تجب له الشفعة ما كان الشقص الذي به يستشفع في يديه ، فإذا زال من يديه قبل الآخر سقطت شفعته ، وقال أشهب أحب إلي ألا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه ، لأنه إنما باع راغباً في البيع وإنما الشفعة للضرر ، فلم يَرَ له شفعة في ظاهر قوله أصلاً إذا باع بعض نصيبه ، فهو قول رابع في المسألة ، وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع إلاَّ أن تبقى له بقيةٌ أخرى وقوله إلا أن تبقى له بقية أخرى فيكون له من الشفعة بقدر ما بقي ، فيكون قولُه مثل أَحَدِ قولي مالك وظاهر ما في المدونة ، ويحتمل أن يريد إلا أن تبقى له بقية أخرى فيأخذ جميع شفعته بقدر حظه كله ما باع منه وما بقي فيكون ذلك قولاً

خامساً في المسألة ، وأظهرُ هذه الأقوال كلها الفرق بين أن يبيع وهو عالم ببيع شريكه حظه أو غير علم وبالله التوفيق .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وسئل عن رجل تصدق بحظه في قرية مبهمة على أخت له وقال إني قد كنت أصبت من مورثها مالاً فسهمي عليها صدقة لِمَا أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشركاء الأخذ بالشفعة أَلَهُم ذلك ؟ أم هل يجوز قولُه إني أخذت من مالها أو تجوز لها الصدقة بما أخذ من مالها فيما يزعم على غير حوز حتى هلك؟ قال ابن القاسم : ذلك لها ولا أرى لأحد فيها شفعة لأن أصل الثمن لا يعرف، لأن مالكاً قال لنا ما طال من الشفعة حتى نسي ثمنه ولم يُرَ أن صاحبه أخفى ذلك لقطع الشفعة فلا شفعة له فيه إذا أتى من يطلبه ولا حوز عليها في ذلك الحظ لأن ذلك الحظ إنما صار لها على وجه اشتراء، فلا حوز فيه، وسئل سحنون عن رجل تصدق بحظ في قرية مبهمة على أخت له وقال إني قد كنتُ أصبتُ من مورثها مالاً فسهمي عليها صدقة لما أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشفعاء الأخذ بالشفعة أَلَهم ذلك؟ فقال: الصدقةُ لها ولا أرى لأحد فيها شفعة لِأنه ليس بيعاً ولا مطالبة إنما هو تمنح من شيء لا يطلبه المقر له ولا يعرفه، فلو كان عن طلب من المقر له أو تدع فصالح عنه أنزل منزلة البائع وأخذ الشفعة بالقيمة إذا لم يسم الذي أصابه من مورثها .

قال محمد بن رشد : اتفق ابن القاسم وسحنون على الجواب في هذه المسألة بإسقاط الشفعة فيها واختلفا في التعليل أما ابن القاسم فرآه بيعاً

جُهِلَ فيه الثمنُ فأسقط الشفعة من أجل الجهل بالثمن لأنه أشبه عنده بِأَهْلٍ من أمر الشفعة حتى نسي الثمن ولم ير على الأخت في الحظ حيازة، لأنه إنما صار لها على وجه البيع عنده، لا على وجه الصدقة، وأما سحنون فرآها صدقة لا تصح لها إن مات إلا بالحيازة لأنه إنما أعطاها الحظ على وجه المُتَمَنّح من شيء لا يعرفه ولا يطلبه، فأبطل الشفعة فيه من أجل أن الصدقة لا شفعة فيها عنده على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، فعلى تعليله بأنها صدقة يجب فيها الشفعة بالقيمة على مذهب من يرى في الهبة والصدقة الشفعة بالقيمة ، والقولان في مختصر ابن عبد الحكم ، وقول سحنون أن ذلك هبة أظنه والله أعلم .

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الرجل يَهَبُ الشقص في شيء مُشَاعٍ على الثواب ثم يطلب الثواب فيقول الموهوب له مالي غائب أو غلامي بمالي أو شيء مما يعتذر به ولكن هذه عشرة دنانير فخذها ما دام مالي غائباً ، فإذا قدم مالي أتيتك بثواب ترضاه إن شاء الله ، فيأخذه فيقيم الشفيع عند ذلك فيريد أن يأخذ بالشفعة كيف الأمر في ذلك؟ قال : ابن القاسم ليس له شفعة في هذا حتى ثياب تمام الثواب، وإن قال الشفيع أنا آخذ الشفعة وادفع العشرة فإذا أثابه التمام دفعتُه إليه لم يكن ذلك له ولم يكن له شفعة لأن هذا لو كان بيعاً يُبْتَدَأُ على هذا الوجه والفعل والصفة ما حَلّ، والأخذ بالشفعة بيع من البيوع، فليس ذلك له ولا يجوز هذا، ولأنه أيضاً إن لم يشبه رضاه، رد الهبة ورجع في عَشَرَتِهِ ولم يلزمه تمام المثوبة به ولا قيمة الهبة بمنزلة الذي يفوض إليه في النكاح فيقدم شيئاً لا يكون صداق مثلها أو يبعث بها

فيطلبون بعد ذلك تَمَامَ ذلك ولم يكونوا رضوا بما بعث به، فالزوج بالخيار في أن يُتِمّ له صداق مثلها أو يرد النكاح ويرجع بما كان بعث ولا يلزمه أن يُتِمَّ لها الصداق لما قدم قبل ذلك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما المدونة وغيرها من أن من وهب شقصاً بما فيه الشفعة على ثواب يرجوه ولم يسمه فليس للشفيع فيه شفعة إلاَّ بعد العوض، فإن أَثَابَهُ أقل من القيمة فرضي بذلك أخذ الشفيع به ، وإن أثابه أكثر من القيمة قبل تغير السلعة لم يكن للشفيع أن يأخذ إلاَّ بجميع العوض، واختلف إن أَثَابَهُ أكثر من القيمة بعد تغير السلعة فقال ابن القاسم في المدونة ليس للشفيع أن يأخذ إلا بجميع العوض وهو قول ابن الماجشون، وقال أشهبُ في كتاب ابن المواز يأخذ الشفيع بالأقل من قيمة الشقص أو مما أَثَابَهُ ، وفي قوله ولأنه أيضاً إن لم يثبه رِضَاهُ رَدُّ الهبةَ ورجع في عشرته دليلٌ على أنه لا يلزمه الرضى بالقيمة إلا بعد فواتها، وهو قول مطرف وروايتُه عن مالك وظاهر قول عمر بن الخطاب خلافُ مذهب ابن القاسم في المدونة أنه يلزمه الرضى بالقيمة وإن لم تَفُتْ، والذي في المدونة أصح، لأن الهبة للثواب مقيسة على نكاح التفويض فكما يلزم الزوجة صداق المثل إذا فرضه لها الزوج وإن لم يدْخل بها فكذلك يلزم الواهبَ القيمةُ إذا أثابه بها ، وإن لَمْ تفت السلعة، ولم أَعْلَمْهُمْ اختلفوا في أن الموهوب له لا يلزمه قيمة السلعة ما كانت قائمة ولا أقل منها إن رضي بذلك الواهب كما لا يلزم الزوج في نكاح التفويض صداق المثل قبل الدخول ولا أقل منه وإن رضيت بذلك المرأة، وإنما اختلفوا في نكاح التحكيم إذا كانت الزوجة هي المحكمة فقيل إن الصداق لا يلزم قبل الدخول بقليل ولا كثير إلا مع اتفاقهما جميعاً، وقيل إنه يلزم الزوجة صداق المثل فأكثر إذا رضي به الزوج ولا يلزم الزوجَ صداق المثل فأقل إن رضيت به المرأةُ ولا يلزم المرأة صداقُ مثلها فأكثر إن رضي به الزوج، فقوله إنَّ الموهوبَ له إذا قَدَّمَ بعضَ الثواب لا يلزمه تَمَامُـه وله أن يَسْتِردَّ ما قدم

يريد إن لم ترض به منه وطلبت منه زيادة عليه كالمفوض إليه في النكاح إذا قدم شيئاً من صداق مثلها فطلبوه ببقيته كان بالخيار بين أن يسترد ما قدم منه أو يتم بقيته وما وقع في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب النكاح ليس بخلاف لما ها هنا لأنه إنما وجب عليه هناك نصف صداق مثلها إذا طلقها لقوله : فإن لها صداق مثلها، ولو قدم في نكاح التفويض شيئاً من صداقها ولم يقل فإن لها صداق مثلها فطلقها قبل الدخول لكان لها نصف ما قدم إليها وبالله التوفيق .

ومن كتاب أن أمكنتني من حلق رأسك

وقال : إذا باع الرجل شقصاً له في دار بدين إلى أجل ثم أتى الشفيع فإنه يأخذه إلى ذلك الأجل إذا أتى بحميل ثقة، وإن كان مَلِيّاً أخذه بغير حميل.

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في المدونة وفي الواضحة عن مالك من رواية مطرف عنه، وعن ابن الماجشون وأصبغ، وظاهره أنه لا يلزمه الحميل إلاَّ إذا كان معدماً، وأما إن كان ملياً فلا يلزمه حميل وإن كان المشتري أَمْلأً منه وهو نص قول محمد بن المواز من رأيه خلاف قول أشهب إنه يلزمه وَإن كان ملياً أن يأتي بحميل مثل المشتري في الملا، وكذلك اختلف إذا اشترى برهن وحميل فقيل لا شفعة للشفيع إلاَّ أن يأتي برهن وحميل وقيل لا يلزمه ذلك إلاَّ أن يكون أَعْسَرَ منه فيفترق استواؤهما في العدم من استوائهما في الملا ويكون الشفيع أقل ملا من كونه أشد عُدْماً لأنهما إذا استويا في العدم لزمه حميل على اختلاف، وإذا استوايا في الملا لم يلزمه حميل باتفاق، وإن كان الشفيع أقل ملاً لزمه حميل على اختلاف ، وإن كان أشد عدماً لزمه حميل باتفاق ، وإذا عجز الشفيع عن الحميل في الموضع الذي يلزمه فيه الحميل

فَعَجَّزَهُ السلطان ثم قدر على حميل قبل مَحَلِّ الأجل لم تكن له شفعة ، واختلف إذا لم يقم الشفيع بشفعته حتى حلَّ الأجلُ فقيل إنه يكون له من الأجل مستأنفاً مثل الذي عقد عليه البيع ، وقيل لا يأخذه إلَّا بالثمن نقداً وهو قول أصبغ ، والأول قولُ مالك في رواية مطرف عنه ، وقول ابن الماجشون وهو أظهر والله أعلم .

ومن كتاب العتق

وقال في الرجل يشتري الشقص من الحائط وفيه رقيق يعملون فيه فاشتراه برقيقه ثم أتى الشفيع، فقال : إن أراد الأخذ بالشفعة والرقيق لم يَفُوتوا لَمْ يكن له أن يأخذ إلا بجميع الشفص والرقيق إذا كانوا رقيق الحائط وعُمَّالَه ولم يكن للحائط منهم بُدٌّ أَوْ يدع فإن كانوا قد فاتوا ببيع قُسِمَ الثمنُ الذي ابتاعوا به على قيمة الرقيق وقيمة الشفص فيأخذ الشفص بما يُصيبه من ذلك بالشفعة وكذلك لو تصدق بالرقيق أو وقفهم مثل البيع سواء ، فأما الموت فإن شاء أخذ الشقص بجميع الثمن كله أو يترك فذلك له .

قال محمد بن رشد : إيجابه الشفعة في رقيق الحائط إذا بيعوا مع الحائط خلافُ قوله في الرحَا إذا بيعت مع الأصل أنه لا شفعة في الرحا ويفض الثمنُ على قيمة الرحا وقيمة الأصل فيأخذ الأصل بالشفعة مما ينوبه من الثمن لأن الرحا أكثر تشبثاً بالأرض من الرقيق بالحائط، فإذا أوجب في رقيق الحائط الشفعة فأحرى أن يوجبها في الرحا وإن لم يوجبها في الرحا فأحْرى ألّا يوجبها في رقيق الحائط ويحتمل أن يفرق بين المسّألتين فيكون في المسألة ثلاثة أقوال إيجاب الشفعة فيها، وإسقاطها، وإيجابها في الرحى دون رقيق الحائط والاختلاف فيها جميعاً جار على أصل قد اختلف فيه قول مالك،

وهو ما كان من العروض التي لا شفعة فيها متشبثاً بالأصول التي فيها الشفعة أو متصلاً بها كالثمرة والزرع إذا بيعا مع الأصل أو دونه، وكالماء والنقض إذا بيعا دون الأصل إذ لا اختلاف فيهما إذا بيعا مع الأصل أن الشفعة تكون في الجميع وكالكراء إذا انفرد عن بيع الأصل ولا يتصور فيه غير ذلك، فمن هذه الأشياء التي ذكرناها يُخْتَلَفُ في إيجاب الشفعة فيما بيع مع الأصل أو دونه وهو الثمرة والزرع ومنها ما يختلف في إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت منفردة عن الأصل ويتفق على إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت مع الأصل وهو الماء والنقض، ومنها ما يختلف في إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت مع الأصل ويتفق على ألا شفعة فيها إذا بيعت منفردة عن الأصل وهو الرحا والرقيق والحائط، وأما الكراء فلا يتصور فيه الانفراد، وفي الشفعة في الثمرة والنقض مسائل كثيرة تفترق أحكامها لافتراق معانيها تركت ذكرها ها هنا اختصاراً مخافة التطويل، إذ قد حصلناها وحكمنا القول فيها في كتاب المقدمات، وتفرقَتُه في رقيق الحائط بين أن يفوتوا بموت صحيح على قوله في إيجاب الشفعة فيهم، لأن موتهم كانهدام الدار التي فيها الشفعة وأما على القول بأنه لا شفعة فيهم فسواء فاتوا بموت أو بيع أو هبة أو صدقة إنْ كانوا قياماً يُفَضُّ الثمنُ عليهم وعلى الحائط فيأخذ الحائطَ الشفيعُ بما ينوبه من الثمن.

مسألة

وسئل عن رجل اشترى أرضاً وقبضها ثم إن رجلاً أتى يطلب فيها الشفعة فزعم المشتري أنه اشترى شيئاً مقسوماً وأدعى الشفيعُ أنها لم تقتسم على من ترى البينة؟ قال: بلغني عن سعيد بن المسيب أنه قال: أَيُّمَا رجل عرف المدعِي من المدَّعى عليه لم يَلْتَبِسْ عليه ما يحكم به بينهما، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان والمدعى عليه أن يقول لم يكن، فالذي قال هو مقسوم وقد اشتريت مقسوماً مدع لأنه لا يُشَكُّ أن الأرض أصل ما كانت عليه أنها لم

تقسم، فهو مدع حين يقول اشتريت شيئاً قد قسم، فعليه أن يثبت ذلك ، والذي يقول لم يقسم مدعى عليه فالقول قوله حتى تُبْطِلَ قولَه البينةُ .

قال محمد بن رشد : إنما هو إذا علم أن الأرض كانت مشتركة بين البائع والشفيع ببينة قامت على ذلك أو بإقرار البائع بذلك قبل البيع، وأما إن لم يقر بذلك إلاَّ بعد البيع فلا يجوز قوله على المشتري لأنه إنما هو شاهد للشفيع فيحلف معه إن كان عدلاً ويأخذ بالشفعة إلاَّ أن يأتي المشتري بالبينة على أن البائع قد قاسم الشفيع قبل البيع، ولو قاسم المشتري للبائع بعد الشراء والشفيع غائب دون أن يوكل أو يقسم عليه القاضي لم ينفذ القسم عليه وكانت له الشفعة، واختلف إن قسم عليه القاضي وهو غائب ثم أتى، فقيل إن له أن يرد القسمة ويأخذ بالشفعة، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقيل ليس له أن يرد القسمة ويأخذ الشفيع الحظ الذي صار للمشتري بالشفعة وهو أحد قولي أشهب واختيار سحنون وابن عبدوس ، وهذا الاختلاف على اختلافهم في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق فيكون له أن يرد القسمة كما يرد البيع على القول بأن القسمة بيع من البيوع ولا يكون له أن يرد القسمة على القول بأنها بيع من البيوع أو تمييز حق ويأخذ الحظ الذي كان للمشتري بالقسمة.

وقول سعيد بن المسيب أَيُّمَا رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان ليس على عمومه في كل موضع وإنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على تصديق دعواه، فإن كان له سبب يدل على صدق دعواه أَقْوَى من سبب المدعى عليه الْقَائِلِ لم يكن يُدْلي عليه باليمين، مثال ذلك من حاز شيئاً مدة تكون فيه الحيازة عاملة في وجه المدعي فادعى الشراء كان القول قوله مع يمينه في ذلك وهو مدعي يقول قد كان والمدعى عليه يقول لم يكن

ذلك ، وكذلك المودع يَدّعي رد الوديعة القول قوله وهو مدع يقول قد كان والمُودِع يقول لم يكن ، وإنما كان القول قوله في رد الوديعة وإن كان مدعياً في ذلك لأنه في معنى المدعي عليه لأن ذمته برية والمودع يريد تَعْمِيرَها فهو في ذلك مدع ، فوجب أن يكون القول قول المدعي عليه وهو المودع في صرف الوديعة وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى
من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن النصرانيين الشريكين في الأرض يبيعُ أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أَيُقضَى له بها على المشتري مسلماً كان أو نصرانياً ؟ قال أما على المسلم فيقضي بها للنصراني لأني كنتُ أقضي بها أيضاً للمسلم على النصراني وأما إذا كان الشفيع نصرانياً وكان شريكه مسلماً أو نصرانياً فاشترى نصراني نصيب شريك النصراني فلا أرى أن يقضي بينهما بشيء لأن الطالب والمطلوب نصرانيان ، فهما يُرَدّان إلى أهل دينهما لأنَّ المطلوب يقول ليس في ديننا الحكم بالشفعة ، فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك.

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في هذه المسألة أنه إذا كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مُسْلِماً قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق في المذهب لأنه حكم بين نصراني ومسلم، واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك للبائع مسلماً فقال في هذه الرواية إنه لا يقضي في ذلك بالشفعة ويُرَدَّانِ إلى أهل دينهما لأن الشفيع والمشفوع عليه نصرانيان وهو مثل ما في كتاب العتق الثاني من المدونة

لأشهب ولغير ابن القاسم وهو ابن نافع فراعيا كون أحد الشريكين مسلماً، وهو قول أشهب في المجموعة أنه إذا كان أحد الثلاثة مسلماً بائعاً أو مبتاعاً أو شفيعاً قضى في ذلك بالشفعة.

واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصاً بخمر أو بخنزير والشفيع مسلم فقيل إنه يأخذ للشفعة بقيمة الشقص، وهو قول أشهب، فكأنه لم ير للخمر قيمة، وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني أنه لا قيمة عليه، فإذا دفعها بطوعه فأحرى ألا تكون لها قيمة، وقيل يأخذ بقيمة الخمر والخنازير وهو قول ابن عبد الحكم وأشهب على مذهب ابن القاسم لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبه شراء الشقص بعرض، ومن أهل العلم من لا يرى للنصراني على المسلم شفعة فيحكم بها للمسلم على النصراني والمسلم ولا يحكم بها للنصراني على المسلم ولا على النصراني ويردهما إلى أهل دينهما إن كَانَا نصرانيين وهو قول أحمد بن حنبل والحسن البصري والشعبي والله تعالى الموفق.

ومن كتاب الصُّبْرَةِ

وسألته عن ثلاثة نفر بينهم أرض مشتركة فباع أحدهم ولا علم لشريكيه ببيعه أو عَلِمَا ولم يَفُتْ وقتُ طلب الشفعة حتى باع أحد الباقين أترى للمشتري الأول شفعة فيما باع الشريك الثاني؟ فقال الشفعة فيما باع الأول للبائع الثاني وللشريك الثالث المتمسك بحظه، وذلك أن البائع الثاني باع حظه وقد كانت وَجَبْت له الشفعة فيما باع الأول فليس بيعه حظه بالذي يقطع عنه شفعة قد كانت له واجبة قبل أن يبيع هو حظه قال: فإن ترك البائع الثاني الأخذ بالشفعة مع الشريك الذي لم يبع كانت الشفعة كلها واجبة للشريك الثالث الذي تمسك بحظه، فإن تركها هو أيضاً صار المشتري من البائع

الأول شفيعاً، والثالث الذي لم يبع فيما باع الثاني، وإن ترك الأخذ بالشفعة فيما باع الأول وأراد أن يستشفع ما باع الثاني صار المشتري من البائع الأول شفيعاً مع الثالث الذي لم يبع حظه فيما باع البائع الثاني لأنه قد نزل منزلة بائعه إذ لم يُؤخذ منه بالشفعة، فقد صار شريكاً للبائع الثاني ولصاحبه الذي لم يبع فباع الثاني حين باع والمشتري من البائع الأول شريك تجب له الشفعة، إذ قد أقر على ما اشترى ولم يؤخذ ذلك منه، وَأَيُّمَا شريكين ترك أحدهما الأخذ بالشفعة مع شريكه فليس للشريك أن يأخذ بقدر حصته ولكن يأخذ الجميع أو يدع.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم أسلم من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصلاة

قال يحيى وسئل ابن القاسم عن الدار تشتري بالعبد أو بما أشبه ذلك من العروض فيستحق نصف الدار، فيقول المشتري للبائع أما إذا لم تتم لي كلها فلا حاجة لي بها فيردها على البائع فيريد الذي استحق نصف الدار أن يأخذ بالشفعة النصف الباقي وقد رَدَّهَا المشتري على البائع، فقال: الشفعة له واجبة ولا يقطعها عنه ما فَسَخَ البائعُ عن نفسه من الاشتراء الذي لو شاء أن يأخذ أخذ به.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم في هذه الرواية إن الشفعة للمستحق واجبة على المشتري في نصف الدار الذي بقي بيده وإن كان لم يقم عليه فيه بالشفعة إلا بعد أن رده على البائع وأخذ عبده، وهذا على القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع، وأما على القول بأنه نقض بيع فلا شفعة فيه، لأنه قد

رجع إلى يد بائعه على الملك الأول، فإذا قلنا إن له الشفعة على قياس القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع يجب أن يكون مخيراً في عهدته بجعلها على من شاء منهما كمن اشترى شقصاً ثم باعه من بائعه فالشفيع مخير إن شاء أجاز البيع وأخذ بالشفعة من المبتاع الثاني وهو البائع الأول وإن شاء نقضه وأخذ بالشفعة من المبتاع الأول، وهذا بين، ولو قال المشتري أنا أَرُدُّ النصفَ وأَخُذُ عبدي وقال المستحق أنا أَخُذُ بالشفعة لَوَجَبَ أن يبدأ الشفيع على قياس هذا القول أن له أن ينقض رده ويأخذ بالشفعة فأحرى أن يكون له أن يمنعه من الرد، وقد اعترض سحنون قوله في المدونة،وقال لا يقول به لانا نعرف من قوله خلافَه، وقوله على قياس القول إن الرد بالعيب نقض بيع لأنه إذا كان من حقه أن ينقض البيع وجب أن يبدأ على الشفيع إذا أراد أن يرد وأراد الشفيع أن يشفع، وقد رأيت في حواشي بعض الكتب على مسألة المدونة قال سحنون ليس للشفيع شفعة، وكيف يأخذ بالشفعة والبيع لم يتم؟ ولا يستقيم كتاب قول سحنون هذا على مسألة المدونة، لأنه لم يتكلم فيها إلا على أن الشفيع قام يطلب الشفعة قبل الرد وأراد أن يمنعه من الرد، وإنما يحسن أن يكتب قول سحنون على مسألتنا هذه في رواية يحيى، لأنه رأى الرد بالعيب فيها نقضاً للبيع فأبْطل الشفعة، وهو القياس أن يبطل على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع حسبما ذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل اشترى من رجل داراً معينه بعينها فردها حين علم ثم جاء فاستحق بعض الدار أتكون له الشفعة فيما بقي من حساب ما كان اشتراها به الذي ردها بالعيب؟ فقال : نعم، الشفعة له واجبة إن أراد الأخذ من حساب جميع الثمن لا يوضع عنه للعيب شيء.

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة على أصله في المسألة

التي قبلها من أن الرد بالعيب ابتداء بيع، فتكون عهدتُه إذا أخذ بالشفعة على من شاء منهما حسبما ذكرناه قبل هذا وبينا وجهه، وعلى القول بأن الرد بالعيب نقض لا شفعة في ذلك وبالله التوفيق.

مسألـــة

قلت ارأيت إن اشتراها بالعبد واستحق نصفَها رجلٌ أو ترك المستحق الأخذ بالشفعة ورضي المشتري أن يحبس النصف ويرد اليه نصف العبد ويكون بذلك في العبد شريكاً لِبَائع الدار منه أيكون ذلك؟ قال: نعم، إلا أن يفوت العبد فيكون له على البائع نصف قيمة العبد الفائت.

قيل له: فإن قال البائع إنما بعتك داري ليكون لي العبد خالصاً، فأما إذا أردت أن تشركني فيه فلا حاجة لي فيه ينتفض البيع بينهما؟ قال: نعم، أرى البيع مفسوخاً عنهما إلا أن يفوت العبد فلا يكون للبائع حجة في إمضاء البيع ويرد نصف قيمة العبد.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفي غاية الاستيفاء في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

وَمِنْ كِتَابِ المُكَاتَبِ

قال: وسألته عن الشفيع يعرض عليه الإمام الأخذ بالشفعة أو الترك فيقول أنا آخذ فيؤجله في الثمن فيبدو له فيقول لا حاجة لي بالشفعة، ويقول المشتري لا أقيله، قال الأخذ بالشفعة يلزم

الشفيع ، فإن لم يكن له مال بيع عليه حظه الذي كان به شفيعاً ، والحظ الذي وجبت له الشفعة فيه حتى يوفي المشتري جميع حقه ، ولا يقال فيما قد رضي بأخذه إلا أن يرضى المشتري أن يقيله .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة لا تخلو عندي من ثلاثة أوجه أحدها أن يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك فيقول قد أخذت ويقول المشتري وأنا قد سلمت فادفع إلي مالي فيؤجله الإمام في ذلك، فلا يأتي بالمال إلى الأجل ، فهذا بيع تام يباع فيه جميع ماله ، الحظ الذي استشفعه والذي استشفع به ، وليس للشفيع أن يقول للمشتري : خذ حائطك لا أريده ولا للمشتري أن يقول للشفيع رد الي حائطي لا أسلمه لك إذا لم تنقذ لي مالي إلى الأجل الذي أجله لك السلطان فلا ينحل البيع إلا برضاهما جميعاً والوجه الثاني أن يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك فيقول قد أخذت فيسكت المشتري ولا يقول وأنا قد سلمت ، فيؤجله الإمام في الثمن بطلب من أحدهما لذلك ، فلا يأتي به إلى الأجل ، فهذا إن طلب المشتري أن يباع له في الثمن مال الشفيع كان ذلك له ، وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص على المشتري أو يتمسك به حتى يباع ماله في ثمنه لم يكن له في ذلك خيار ، وهذا الوجه في المدونة ، والوجه الثالث أن يقول الشفيع أنا آخذ ولا يقول قد أخذت فيؤجله الإمام في إحضار الثمن فلا يأتي به إلى الأجل ، فهذا الوجه يختلف فيه ، قيل يرجع الشقص إلى المشتري إلّا أن يتفقا جميعاً على إمضائه للشفيع واتباعِهَا بالثمن ، وقيل إنه إن أراد المشتري أن يلزم الشفيع الأخذ كان ذلك له ، ويباع ما له في الثمن ، وإن أراد الشفيعُ أن يرد الشقص لم يكن ذلك له ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وقول أشهب ، والقول الأول بين وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ الأَقْضِيَةِ

قال : وسألت ابن القاسم عن الشفعاء أهل الميراث هل يكون

بعضهم أولى بمشافعة بعض أم كيف الأمر فيهم ؟ قال : قال لي مالك : كل أهل مورث أحق بشفعتهم يتشافعون بينهم دون سائر الورثة ، مثل أن يهلك الرجلُ ويرثه ابناه فيموت أحدهما فيبيع بعض ولده حقه ، فيكون إخوته بنو الإبن أحق بالشفعة فيما باع أخوهم ومن شركهم في ميراث ابن الابن من عمهم أخي ابيهم ، فأهل كل سهم يتشافعون بينهم ، دون أهل رأس الميراث ، وكذلك أهل كل سهم في كتاب الله او السنة يتشافعون فيما بينهم ، وهم أجمعون على العصبة فيما باع بعض العصبة ، ولا تدْخل العصبة على أهل السهام ، قال : وقال لي مالك غيرَ مرة : من باع من أهل السهام المفروضة ثم سلم ذلك للمشتري أهل شفعة البائع شركاؤه دِنْيًا في السهم الذي يجمعهم بفريضة مسماة فإن الشفعة تجب لجميع أهل الميراث شركاء البائع وأهل سهمه في رأس فريضة الميراث ، قال وإن أسلموا أجمعون للمشتري أو كان المشترون جماعة ثم باع أحد المشترين نصيبه مما اشترى فأراد شركاؤه في الصفقة أن يأخذوا بالشفعة وأن يتشافعوا فيما بينهم كما كان يتشافع أهل السهم الذي اشتروا منهم دون جماعة الورثة مثل أن يكونوا اشتروا رُبُعَ الزوجات أو سدس الجدتين او ثلث الإخوة للأم أو ما أشبه ذلك ، قال ابن القاسم : فإنَّ مالكاً قال لا يكون ذلك لهم ولا يحملون محملهم بل يشافعهم جميع الورثة على قدر أنصبائهم في الميراث ، ويكون شركاء البائع منهم في ذلك النصيب خاصة وبقية الورثة أجمعين وبقية شركاء البائع المشتري في ذلك الحظ الذي يؤخذ بالشفعة شفعاء أجمعين ، قَالَ مالك : فإنما يتشافع في كل سهم دون جماعة الورثة أهل السهم بأعيانهم الذين ورثوه ، لا ينزل من اشتراه منهم أو اشترى بعضه في ذلك منزلتهم ، قال : وقال مالك ليس المشتري

كالورثة ولا العصبة كأهل السهام المفروضة ، أهل السهام المفروضة يتشافعون بينهم على ما فسرت لك ، وهم أجمعون يدخلون على العصبة فيما أخذَهُ بعضُهُم فيما يبيعه بعضهم فكذلك أيضاً يدخل أهل السهام المفروضة على كل من اشترى من بعضهم بما باع بعض من اشترى انهم يدخلون أجمعون على أشراك البائع الذي اشتروا معه وصاروا شفعاء باشترائهم معه يوم اشترى ، قال : وإذا باع بعض الورثة من أهل السهام المفروضة لم يدخل المشتري ولا العصبة عليهم فيما يتشافعون به فيما بينهم إذا كان في ذلك السهم للبائع شريك فيه دِنيا فإن أخذ جماعة الورثة بالشفعة دخل معهم العصبة والمشتري .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة حسنة ، قولُهُ فيها إن أهل السهم الواحد مثل الزوجات والجدات والإخوة للأم يتشافعون بينهم البين ولا يدْخل غيرهم من الورثة عليهم ويدخلون هم عليهم ، هو مذهبُ مالك وجميع أصحابه حاشى ابن دينار ، واختلف في العصبة والموصى لهم بجزء والمشترين لسهم أهل السهم مثل أن يشتري جماعة ثُمُنَ الزوجات او سدس الجدات أو ثلث الاخوة للأم وما أشبه ذلك والمشتري بحظ واحد من الورثة فقيل في كل طائفة منهم إنهم أهل سهم واحد يتشافعون فيما بينهم دون الورثة وهو قول أشهب وأحد قولي مالك في العصبة وقيل إنهم ليسوا كأهل سهم واحد فيدخل الورثة كلهم عليهم كانوا أهل سهم أو لم يكونوا أهل سهم ، ولا يدخلون هم على أهل السهام إلا أن يبيع جميعهم أو يكونوا واحداً ، وهو مذهب ابن القاسم ، واختلف في الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة ، فقال ابن القاسم إنهن كلهن أهل سهم واحد لاشتراكهن في الثلثين إن فضلتهن الأختُ الشقيقة فإن باعت إحْدَى الأخوات للأب حظها دخلت فيه الأخت الشقيقة ، وقال إن الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة أهل سهم واحد في

السدس فلا تدخل عليهن فيه الأخت الشقيقة ، وقد مضى هذا المعنى في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم وفي رسم مسائل بيوع من سماع أشهب وبالله التوفيق .

مسألــة

يحيى حدثني ابنُ القاسم عن أبي الدراوري[٢] عن سفيان الثوري أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قَضَى بالشفعة على قدر الأنصباء .

قال محمد بن رشد : هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن الشفعة على قدر الأنصباء ، والمخالف في ذلك أبو حنيفة يقول إنها على عدد الرؤس ، والحجة لمالك ومن قال بقوله أن الشفعة لما كانت تجب بالملك وجب أن تكون على قدر الأملاك كالغلل ، ولما كانت لدفع المضرة عن الاشراك وكانت المضرة عليهم على قدر حصصهم وجب أن تكون الشفعة التي تدفع الضرر عنهم على قدر حصصهم .

مسألــة

قال ابن القاسم : قال مالك : الشفعة في الماء الذي يقتسمه بينهم الأوراث بالأقلاد[٣] وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تسقى بتلك العيون أو الحوائط التي تسقى بتلك العيون ، قال : وقال مالك وأهل كل ولد يتشافعون فيما بينهم دون جماعة الورثة وشفعتهم في ذلك الماء يجري مَجرى شفعتهم في الدور والأرضين فيما وصفنا من أمر العصبة والمشتري وأهل السهام المفروضة وما يدخل به

---

(٢) في ق ٣ : عن الداودي .

(٣) الاقلاد جمع قلد بالكسر الحظ من الماء ويطلق على العقب .

بعضهم على بعض فيما فسرت لك في صدر هذه المسألة وبالله التوفيق .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف أعلمه في المذهب في إيجاب الشفعة في الماء إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم يقسم الأرض ، واختلف في ايجاب الشفعة فيه إذا قسمت الأرض فقال في المدونة إنه لا شفعة فيه ، وقال في هذه الرواية إن فيه الشفعة ، فذهب سحنون وابن لبابة إلى أن ذلك ليس باختلاف من القول ، إلا أنهما اختلفا في تأويل الجمع بينهما ، فقال سحنون معنى مسألة المدونة أنها بِئْرٌ واحد فلا شفعة فيها إذ لا تنقسم ، لأن الشفعة تكون فيما ينقسم دون ما لا ينقسم ، وقال ابن لبابة معنى مسألة المدونة أنها بِئْرٌ لا بنَاءَ لَهَا ولا أرض ، ومعنى رواية يحيى أن لها بِنَاء وأرضاً مشتركة يكون فيها القلد ، وذهب القاضي أبو الوليد الباجي إلى أن ذلك اختلاف من القول ، وأن الاختلاف في ذلك جار على الاختلاف في الشفعة فيما لا ينقسم كالنخلة والشجرة بين النفر ، إذ لا تنقسم العين والبير كما لا تنقسم النخلة والشجرة ، وكان من أدركت من الشيوخ يقول إن ذلك اختلاف من القول ، وإن الاختلاف في ذلك جار على اختلاف قول مالك فيما هو متعلق بالأرض ومتشبث بها كالنقض والنخل دون الأرض والكراء وما أشبه ذلك ، وهو أبين وأولى وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ أَوَّلُهُ أَوَّل عَبْدِ ابْتَاعَهُ فَهُوَ حُرُّهُ

قال : وسألته عن الرجل يشتري الأرض من الرجل وهي فدان من أرض مشتركة أو بُقعة لرجل فيها شرك فيشتري المشتري ذلك الفدان أو تلك البقعة بحضرة الشريك وعلمه فيبني فيها أو يغرس

فيريد الشريك الذي لم يبع أن يأخذ حقه من تلك الأرض ويأخذ بقيتها بالشفعة ، قال ابن القاسم ليس في مثل هذا شفعة إنما الشفعة في أن يبيع الشريك جزءاً من أجزاء الأرض المشترك أو الدار وبعض ما تكون الشفعة فيه ، فيبيع نصف الدار أو ثلثها أو ربعها أو جزءاً من أجزائها قَلّ أو كثر ، فإن الشريك حينئذ ، يأخذ نصف ما باع بحقه والنصف بشفعته ، وأما إذا باع فداناً بعينه أو بيتاً من الدار بعينه بحضرة الشريك فلم ينكر عليه بيعه فسكوته عليه تحويز لبيعه والاشتراء للمشتري ماض ولا شفعة فيه ، وإنما للشريك على شريكه البائع حصته من الثمن فقط ، قال وإنما مثل بيع الفدان من جملة الأرض أو البيت من جملة الدار بمنزلة بيع الثوب الذي يكون بين الشريكين بحضرة الشريك فإن سكت فذلك منه تجويزٌ وإن أنكر لم يمض البيع عليه ، قال سحنون : قال لي ابن القاسم : في الأرض تكون بين الرجلين مشاعة غير مقسومة فيبيع أحدهما فداناً بعينه أو نصف فدان بعينه بحضرة صاحبه لا يغير ولا ينكر ثم أنكر بعدُ قال البيع لازم ولا تكون له الشفعة مِن قِبَلِ أنه قد بِيْعَ نصيبُهُ وهو حاضر . لا يغير ولا ينكر ، وكذلك كل من يُبَاعُ عليه شيء من مَاله وهو حاضر لا يغير ولا ينكر فالبيع له لازم ، وكذلك لو كانت دار بين رجلين فباع أحدهما شيئاً من الدار وصاحبه حاضر لا يغير ولا ينكر لزمه البيع ولم يكن له أن يرد ، وإذا باع ثلث الأرض أو ربع الأرض ولم يَرَهُ أرضاً بعينها لا ربعاً أو ثلثاً فالبيع جائز وللشريك الشفعة .

قال محمد بن رشد : قوله في أول هذه المسألة في الذي يشتري الفدان أو البقعة من الرجل من أرض بينه وبين شريكه بحضرته فيبني فيها أو يغرس فيريد الشريك الذي لم يبع أن يأخذ حظه من تلك الأرض وبقيتها بالشفعة أنه ليس في مثل هذا شفعة صحيح ، لأنه إذا حضر بيع شريكه فلم

ينكره وسكت حتى بنى المشتري أو غرس فقد لزمه ومضى عليه ، فصار بمنزلة أن لو باعها جميعاً فلم يكن في ذلك وجه للشفعة ولا اشكال في هذا ، ولو حضر البيع فسكت ولم ينكره حتى انقضى أنكره في المجلس وقال إنما صمت لأني علمت ان ذلك لا يلزمني لوجب ان يحلف أنه ما رضي ببيع نصيبه وتكون له الشفعة ، ولو أنكر ذلك قبل انقضاء البيع لكانت له الشفعة دون يمين ، ولو أنكر ذلك بعد انقضاء المجلس بالقرب لسقطت الشفعة ولم يكن له إلا الثمن إلا أن يدعي الشريك أن الأرض كلها صارت اليه منه بابتياع أو هبة أو مقاسمة فيكون القوْل في ذلك قوله مع يمينه ، لأن حضوره البيع مع سكوته هذه المدة حيازة عليه ، فقف على افتراق الأحكام في هذه الأربعة الأوجه ، وجه تكون له الشفعة فيه دون يمين ، وَوَجْهٌ تكون له الشفعة فيه بعد يمينه ووجه لا يكون له فيه إلّا الثمن ، ووجه يكون الثمن فيه للشريك البائع مع يمينه ولو لو يحضر البيع ، وإنما علم به بعد وقوعه ، فإن أنكره حين علم بقي على حقه في نصيبه من الأرض وكانت له الشفعة في حظ شريكه ، وإن لن ينكره إلّا بعد العام أو العامين أو الثلاثة لم يكن له إلا الثمن ، وإن لم ينكره ولا قام الا بعد العشرة الأعوام أو نحوها لم يكن له الا الثمن إن ادعى شريكه البائع لحيازته إياه عليه بالبيع مع طول هذه المدة ، وقد مضى هذا المعنى في غير ما موضع من هذا الديوان من ذلك في سماع سحنون من جامع البيوع وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأقضية وفي رسم يسلف في المتاع والحيوان من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، وفي سماع أشهب منه وفي رسم الكبش من سماع يحيى منه أيضاً .

ووجه تفرقته بين أن يبيع أحد الشريكين طائفة بعينها من الأرض أو الدار المشتركة بينهما بحضرة شريكه وهو ساكت لا يغير ولا ينكر وبين أن يبيع جزءاً منها على الإشاعة وهو حاضر لا يغير ولا ينكر في أنه لا شفعة في الطائفة المعينة وله الشفعة في الجزء الشائع هو أن البيع لأزم له في حظه من الطائفة المعينة لحضوره وسكوته إذ لا عذر له في ذلك ، وإذا لزمه البيع بطلت الشفعة

ولا يلزمه البيع في حظه من الجزء الذي باع على الإشاعة بحضوره وسكوته لأن من حجته ان يقول ظننت أن البيع يختص بحظه ولا يكون شائعاً في حظي وحظه ، فلا يلزمني منه شيء ، وهي حجة ظاهرة لها وجه ، إذ قد قيل ذلك وهو دليل قوله في كتاب العتق من المدونة وفي العبد بين الشريكين يحلف أحدهما بعتق نصيبه ألاّ يفعل شيئاً فيبيع نصيبه ويشتري نصيب شريكه ثم يفعل ما حلف عليه أنه لا يحنث ، فإذا لم يلزمه البيع في نصيبه وعذر في سكوته لهذه العلة وجبت له الشفعة ، لأن من حقه أن يأخذ قدر حقه مما باع شريكُهُ النصف إن كانت شركتهما على النصف بالاستحقاق، ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن ويأخذ النصف الثاني بالشفعة بنصف الثمن ، فهذا وجه الفرق بين المسألتين ولو قال الشريك البائع أبيعك نصف حظي من هذه الدار ونصف حظ شريكي وشريكه حاضر ساكت لم تكن له شفعة ، واشتركت المسألتان ويأتي على قول ابن القاسم في هذه المسألة وعلى ما في كتاب المرابحة من المدونة في الرجل يبتاع نصف السلعة ويرث نصفها أنه لا يجوز له أن يبيع نصفها مرابحة حتى يبين أن الدار أو العبد إذا كان بين الشريكين فباع أحدهما نصف الدار ونصف العبد أن البيع يقع على نصفه ونصف شريكه إلا أن يبين فيقول أبيعك نصفي من هذه الدار أو من هذا العبد وعلى ما في كتاب العتق الأول في المسألة التي ذكرناها أن البيع يقع على حظه دون حظ شريكه إلاّ أن يبين فيقول أبيعك نصف حظي ونصف حظ شريكي من هذا الدار أو من هذا العبد وبالله التوفيق .

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون سئل ابن القاسم عن الرجل يكون له شقص في دار ليس له غيره قيمته ثلاثون ديناراً فيبيعه من رجل بعشرة دنانير وهو مريض ، قال يُنْظَرُ في ذلك إذا مات البائع فيقال للمُشتري إن أحببت

إن لم تُجِزْ الورثةُ هذه المحاباة برد عشرة أجزاء وخذ الدار ولا قول للورثة ، فإن فعل فللشفيع إن كان له شفيع أن يأخذ الدار بعشرين ديناراً فإن أبى المشتري أن يزيد عشرة دنانير وقد أبت الورثة أن يسلموا الدار اليه كما أوصى الميت قيل لهم أعطوه ثلث الشقص بتلا بلا شيء يأخذونه منه، قلت لابن القاسم لِمَ أعطيتها للشفيع بعشرين ديناراً إذا رضي المشتري أن يزيد عشرة على العشرة الأول التي أخذها الميت بعشرة ؟ فَلِمَ لا تجعلها للمشتري وتقول للشفيع خذها بثلاثين ؟ قال : لا ، لأن الشراء إنما وقع بعشرين ، ألا ترى لو أن رجلًا باع شقصاً له في دار بعشرين ديناراً قيمته أربعون ديناراً حاباه بعشرين فللشفيع أن يأخذ ذلك بعشرين وهو خلاف أن يبيع بأربعين ، ثم يضع عشرين لأنه إذا باع بأربعين فقد وجب للشفيع بأربعين ، فإذا حط البائع عن المشتري حطاً يعلم في مثله الهبة ، ليس مثل ما يتغابن الناس في مثله لم يوضع ذلك عن الشفيع ، وإن حط حطاً يعلم أن في مثله ما يتغابن الناس في مثله حط ذلك عن الشفيع ، قلت لابن القاسم أرأيت الموصى له بيع الدار إن رد الدار وأبى أن يزيد العشرة فأراد الورثة أن يُخَلُّوا له من ثلثها إذا أبوا أن يجيزوا الوصية أتكون فيه شفعة ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : اختلف في المريض يبيع في مرضه بمحاباة لا يحملها ثلثه على قولين ، أحدهما أن الورثة إن لم يجيزوا البيع قطعوا له بثلث الميت بتلًا من غير ثمن ، وردوا إليه ما دفع من الثمن إلا أن يشاءَ المشتري أن يزيد ما حوبي به فينفذ البيع ، وهو قوله في هذه الرواية ، فإن كان المبيع شقصاً مما فيه الشفعة فرضي المشتري بزيادة المحاباة كان للشفيع في ذلك الشفعة بالثمن الذي اشترى به مع الزيادة ، هذا قوله في هذه الرواية إن الشفعة

له بعشرين، وإن كانت قيمة الشفص ثلاثين وكذلك على قياس قوله لو أجاز الورثة البيع لكانت الشفعة له بعشرة، وإن كانت قيمته ثلاثين، وهذا كما قال ، إذ لا أعرف نص خلاف في أن الثمن إذا عرف فللشفيع أن يأخذ به كان أقل من القيمة أو أكثر ، وفي ذلك نظر إذا كـانت القيمة أكثر من الثمن وتبينت في ذلك المحاباة ، لأن القياس كان على قول ابن القاسم الذي لا يرى في الهبة الشفعة، ولا يكون له شفعة إلا في قدر ما لا محاباة فيه، ويسقط في قدر ما وقعت فيه المحاباة ، وعلى قول ابن عبد الحكم عن مالك الذي يرى في الهبة الشفعة، أنْ لا يكون له شفعة إلا في قدر ما لا محاباة فيه، ويسقط في قدر ما وقعت فيه المحاباة بالقيمة .

فيتحصل على هذا فيمن باع شقصاً بعشرة دنانير ثمنه ثلاثون ديناراً ثلاثة أقوال، أحدها أن للشفيع الشفعة في جميع الشقص بعشرة والثاني أن له الشفعة في ثلثه بعشرة وفي ثلثيه بالقيمة والقول الثاني (٤) أن الورثة إن لم يجيزوا البيع قطعوا له بثلث الميت بتلاً وكان له من المبيع بقدر ما نفد ولم يرد ذلك اليه لأنه لا يكون سلفاً جر منفعة إذا رد إليه رأس ماله وقطع له بثلث الدار إلا أن يشاء المشتري أن يزيد ما حوبي به فينفذ البيع ، وقد قيل إن ذلك ليس باختلاف ، وإنما يرجع ذلك إلى المشتري بالخيار إن لم يجز الورثة له البيع أن يأخذ من المبيع بقدر ما نقد ، وبين أن يسترده ، وظاهر ما في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا أنه ليس للمشتري أن يزيد ما حاباه به الميت زائداً ويستخلص البيع ، وقد مضى القولُ على هذا المعنى في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس .

وقوله إذا باع بأربعين ثم حط عشرين إنه لا يوضع عن الشفيع معناه إذا كانت قيمة الشقص أكثر من العشرين الباقية مثل أن تكون قيمته ثلاثين لأنه إنما

---

(٤) كذا في ق ٣ . ولعل الصواب : والقول الثالث .

يتبين أن الحطيطة هبة بذلك وأما إن كانت قيمته عشرين أو أقل فإنه يوضع عنه ، لأنه تبين بذلك أن حقيقة الثمن عشرون وإن تسميتهم الأربعين لغو قَصْدًا بذكرها إلى إبطال الشفعة ، وهذا بين من المدونة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل سحنون عن الأَنَاذِرِ(٥) أَفِيهَا شفعة ؟ قال : لا تكون فيها شفعة ، قال وكذلك الأفنية لا شفعة فيها إذا بيعت والأناذِرُ عندي مثل الأفنية(٦) .

قال محمد بن رشد : إنما لم يريد(٧) سحنون في الأناذر شفعة لأن من مذهبه أن الشفعة لا تكون إلا فيما يحكم بقسمته والأنذر عنده لا يحكم بقسمته لأنه لا ينقسم إلا بضرر لأنه إذا قُسِمَ بَطَلَ أن يكون أنذرا فلم ينتفع به في ذلك ، فالشفعة فيها واجبة على من يرى قسمتها ولا يُرَاعِي الضرر على ذلك وهو مذهب مالك لقول الله تعالى : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً ﴾(٨) وعلى مذهب من يرى الشفعة فيما لا يحكم بقسمته من الأصول إذا كان لا ينقسم إلا بضرر ، وهو قول ابن القاسم في المدونة خلاف قوله في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار ، وقد قيل إن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم بحال كالنخلة والشجرة بين النفر لأنها من جنس ما ينقسم .

فيتحصل في ذلك في المذهب ثلاثة أقوال أحدها أن الشفعة واجبة في

---

(٥) كذا الأناذِر ـ بالمعجمة ـ في الأصل ، وفي ق ٣ بالمهملة ، وهو الصواب . والأنادر جمع نادر : البيدر الموضع الذي يدرس فيه القمح ونحوه ويُدَاسُ .

(٦) الأفنية جمع فناء : الساحة أمام البيت .

(٧) كذا بالأصل وفي نسخة ق ٣ والصواب وإنما لم ير .

(٨) الآية ٦ من سورة النساء .

الأصول كلها كانت مما ينقسم أو مما لا ينقسم ، وهو مذهب مطرق ، **والثاني** أنها لا تجب إلا فيما ينقسم ويحكم بقسمته ، وهو قول ابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار ، **والثالث** أنها تجب فيما ينقسم وإن كان لا يحكم بقسمته للضرر الواقع في ذلك ، وقد مضى ذكره والاختلاف فيه في رسم المكاتب من الكتاب المذكور .

وأما قوله وكذلك الأفنية لا شفعة فيها إذا بيعت فمعناه في الفناء المشترك بين القوم كساحة الدار بين الشركاء إذا اقتسموا البيوت لأن حكمها حكم الأناذر في القسمة لها وفي جواز البيع فيها وفي وجوب الانتفاع بجميعها لمن احتاج من الشركاء اليها دون من لم يحتج إليها منهم ، وأما الأفنية المتصلة بطرق المسلمين فلا يجوز بيعها ولا اقتطاعها وإنما يجوز الانتفاع بها وكراؤها إذا لم يضر ذلك بالمارة في الطريق المتصلة بها والله الموفق .

مِنْ سَمَاعِ عَبْدِ المَلِكِ بنِ الحَسَنِ

قال عبد الملك : وسألت عبد الله بن وهب عن الأنذر الذي يدرس فيه الزرع هل فيه شفعة ؟ فإنه قد اختلف عندنا فيه وهل يَحُوزُ الأَبُ علٰى ابنه الصغير في حجره صدقة عليه بالأنذَر أو لا يكون الأنذر للصغير بالصدقة حتى يَبْرَأَ منه كحال المسكن الذي يسكنه الأب حتى يموت عنه فلا يمضي صدقته فهل الأنذر بسبيل ذلك إذا كان الأب يدرس فيه حتى يموت ، فقال : إن كنت إنما تعني نفقة الأنذر من الأرض فنعـم فيه الشفعة لا شك فيه ، وهو بمنزلة غيره من البقاع والأرضين بمنزلة عراص الدور المهدومة وغير المبنية .

وحوز الأب لابنه الصغير حوزٌ إذا تصدق عليه وأعلن الصدقة [illegible]ا بمنزلة غيرها من الأشياء والأرضين والمساكن إلا أن يكون

الأب يعمل فيها لنفسه وماله بحال ما كان من الصدقة فلا أرى ذلك شيئاً إن كان كذلك ، وقال أشهب الشفعة فيه كان أنذراً أو غير أنذر كان قليلاً أو كثيراً إذا كان ملكاً لهم .

وأما ما ذكرت من حوز الأب على ابنه الأنذر فإن ذلك ليس بحوز حتى يَبْرَأ منه كحال المسكن إن درس فيه أو انتفع به الأب حتى مات فلا شيء للابن فيه .

قال محمد بن رشد : قول ابن وهب وأشهب في أن الشفعة يجب في الأنـذر الذي يدرس فيه الزرع خلافُ قول سحنون المتقدم قبل هذا في آخر سماعه ، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك فلا معنى لإعادته ، وأما قولهما في صدقة الأب به على ابنه الصغير إن ذلك بمنزلة الدار تبطل الصَّدقة به إن درس فيه بعد الصدقة كما كان يدرس فيه قبل الصدقة بمنزلة المسكن فهو خلافُ مذهب ابن القاسم وما حكى ابن حبيب عن مطرق وابن الماجشون واصبغ من ان ما عدا المسكون والملبوس لا يبطل صَدَقَةَ الأب به على ابنه الصغير انتفاعُهُ به بعد الصدقة وان حَرَثَ الأرضَ واختدمَ العبيدَ وَأكرَى الحوانيت واغتل مالـه غلة من الأصول ، بخلاف ما سكن أو لبس ، وقع بيان مذهب ابن القاسم في ذلك في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات ، وحكاه ابن حبيب أيضاً عنه من رواية أصبغ ، وَجُلوسُهُ في الحانوت للتجر كَسُكْناه الدار ، بخلاف كرائه إياه ، وقول ابن وهب وأشهب هذا مثل ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية مطرف عن مالك في تفسير قول عثمان بن عفان إنّ نِحْلَةَ الأب لابنه الصغير جائزة إذا أشهدَ عليها وأعلن بها وَإنْ وَلِيَهَا أن معنى ذلك أن يَلِيَها بالتثمير والتوفير ، فَعَلَى هذا لا فرق بين الملبوس والمسكون وما سواه من الأشياء تبطل الصدقة بانتفاع الأب به فيتفق في المسكون والملبوس ويختلف فيما عداه على هذين القولين ، أحدهما أن الاشهاد والإعلان يكفي وإن انتفع الأب بذلك بعد الصدقة كما كان ينتفع به قبل الصدقة إلى أن مات كالمسكون

والملبوس سواء ، وفي المسألة قول ثالث وقع لأصْبغ في نوازله من كتاب الصدقات والهبات أن الصدقة لا تبطل إذا كان الانتفاع ممزوجاً مرة ينتفع الأب ومرة ينتفع الإبن وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابن القاسم عن رجل اشترى نصف دار بمائة دينار ولؤلؤة ثم جاء الشفيع يريد أن يأخذ ، قال : يصف المشتري اللؤلؤة ويحلف على صفتها ثم تُقَوَّمُ إلا أن يشهدَ الذين باعوه أن قيمة اللؤلؤة كذا وكذا فيكون القولُ قول ما شهدُوا به ، فإن لم يعلموا قيمتها وفاتت ونكل المشتري عن صفتها وعن اليمين وَصَفَهَا الشفيعُ وحلف على الصفة وكان القولُ قولَه فإن لم يعلم الشفيع صفتها كانت له الدار بقيمتها نقداً .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة ونكل المشتري عن صفتها وعن اليمين معناه أنه قال لا أعرف صفتها فلا أحلف فها هنا يكون ما قال من أن الشفيع يحلف على ما يدعي من الصفة إن عرف صفتها ، فإن لم يعرف صفتها كانت له الدار بقيمتها نقداً ، وقوله كانت له الدار بقيمتها نقداً معناه كانت له الشفعة في الدار بقيمة نصفها نقداً يريد ما لم تكن القيمة أقل من المائة دينار فلا ينقص من المائة دينار ، وقد قيل إنه لا يمين عليه إذا أتى بما يشبه ، وأما إن ادعيا جميعاً معرفة صفتها ونكلا عن اليمين فالقولُ قولُ المشتري لأنه هو المبدأ باليمين على حكم المدعي والمدعى عليه إذا نكلا عن اليمين كان القولُ قولَ المدعى عليه ، ولو حلف أحدهما ونكل الآخر كان القولُ قولَ الحالف ، وهذا إذا أتيا جميعاً من صفتها بما يُشبه ، كان الشفيعَ أو المشتري(٩) فإن نكل عن اليمين كان القول قول الذي أتى منهما بما يشبه ،

---

(٩) (في نسخة ق ٣ : أي كان الحالف الشفيع أو المشتري) .

لأنه هو المبدأ باليمين ولو أتيا جميعاً من الصفة بما لا يشبه لوجب أن يحلفا جميعاً فإن حلفا أو نكلا كانت له الشفعة بقيمة الحظ نقداً ما لم تكن أقل من المائة فلا ينقص من المائة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما وان أتى بما لا يشبه ، لأن صاحبه قد أمكنه من دعواه بنكوله .

فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه أحدها أن يدعي كل واحد منهما من صفتها ما يشبه والثاني أن يدعي كل واحد منهما من صفتها ما لا يشبه والثالث أن يدعي أحدهما من صفتها ما يشبه والثاني ما لا يشبه والرابع ألا يدعي واحد منهما معرفة صفتها وفيما ذكرناه بيانُ الحكم في كل واحد منهما لمن تدبره وفهمه .

وفي قوله إلّا أن يشهد الذين باعوا أن قيمة اللؤلؤة كذا وكذا فيكون القول ما شهدوا به نظرٌ ، إذ ليس على عمومه في كل موضع وإنما معناه في الموضع الذي تكون شهادتهم لا منفعة لهم فيها بل قد يضرهم فيما يرجع به عليهم إن استحق المبيع أو بعضه ، وأما في الموضع الذي تكون شهادتُهم فيه للشفيع على المشتري فلا يجوز لأنهم يتهمون على تقليل الثمن إن جاء استحقاق .

وقولُهُ إن المشتري يصف اللؤلؤة ابتداء ويحلف على صفتها أصحُ مما وقع من قوله في المدونة من أنه لا يقال للمشتري صف العرض الذي وقع به البيع إلّا بعد أن يدعيا جميعاً من قيمته ما لا يشبه ، وظاهر قوله فيها أنه إذا ادعيا جميعاً من قيمة ما لا يشبه كان القول قول المشتري فيما ادعاه من الصفة وان لم يشبه ، وذلك بعيد لا يصح أن يكون القولُ قولَ من أتى منهما بما لا يشبه إذا كذبه الآخر وادعى ما يشبه ، وإنما يصح ذلك إذا لم يكذبه صاحبه وقال لا أدري وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال ليس في رحا شفعة لارحا الماء ولارحا الدواب ، وأما البيت الذي فيه الرَّحَا وجدراته وسقفه وأرضه ففيه الشفعة ، قال ولو باع رجل بيتاً فيه رحا فأراد الشفيع أن يأخذ ذلك بالشفعة فإنه يقوم البيت ويقوم الرحا بأداتها فيُفَضُّ الثـمن عليها ، فما صار على البيت من القيمة من الثمن أخذ البيتَ بالشفعة بالذي يقع عليه من الثمن بالقيمة وهو بمنزلة ما لو باع رجل دابة وداراً فإنما يأخذ بالشفعة في الدار ولا شفعة في الدابة بمنزلة ما فسرت لك في الرحا .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا شفعة في الرحا إذا بيعت مع الأصل خلافُ ما مضى من قوله في رسم العتق من سماع عيسى في رقيق الحائط يُباعرن مع الحائط ، وقد مضى الكلام على ذلك هـنالك فلا معنى لاعادته .

مسألـــة

قال ابن القاسم في رجل باع داراً بعشرة دنانير فباع المشتري مِصْرَاعَي الدار بعشرة ، ثم جاء الشفيع ، فقال : يُقَوَّمُ المصرعان ويقوم الدار ثم يُفَضُّ الثمنُ عليهما فما وقع على الدار من الثمن أخذها بالشفعة ولا شيء له في المصراعين لانهما قد فاتا بالبيع .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة معلوم ، ولفظه فيها فاسدٌ معلول ، لأنه قال إنه باع الدار بعشرة دنانير فباع المشتري المصراعين بعشرة دنانير ، ثم جاء الشفيع ، وإذا بيعت الدار كلها فلا شفعة فيها فالمعنى الذي أراد والله أعلم أنه ابتاع الدار ثم أتى رجل فاستحق بعضها وأراد أخذ بقيتها بالشفعة ، فقال : إنه يقوم المصراعان وتقوم الدار فيفض الثمن عليهما فما وقع على الدار من الثمن أخذها بالشفعة يريد أخذ منها الحظ المستشفع

بما ينوبه من الثمن بالشفعة ، وقوله ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع ، يريد لا شيء له فيما ناب الجزء المستحق منهما فللشفيع أن يأخذه بالاستحقاق لا اختلاف في ذلك ، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن فله ذلك ، وهذا كله بَيِّنٌ وَالمِصراعان البابان .

وقوله ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع خلافُ ما نص عليه في المدونة من أن نقض الدار إذَا هَدَمَهُ المشتري فباعه لا يفوت بالبيع وللشفيع أن يأخذ بالشفعة من يد مشتريه من المشتري ، وهذا الاختلاف جَارٍ على اختلافهم في الشفعة هل يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق ؟ فعلى القول بأنه يحكم لها بحكم البيع تفوت الأنقاض بالبيع ويأخذ الشفيع البقعة بما ينوبها من الثمن ، وعلى القول بأنه يحكم لها بحكم الإستحقاق لا تفوت الأنقاض بالبيع ويأخذها الشفيع من يد المشتري بالشفعة ويرْجع المشتري على الذي باعه إياها بالثمن الذي دفع إليه فيها ، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن كان ذلك له ، وفي المدونة أيضاً ما يدل على فواتها بالبيع .

واختلف إذا فاتت إما بالبيع على هذه الرواية ، وإما بفوات عينها بعد البيع على ما نص عليه في المدونة ، فقيل في ذلك ثلاثة أقوال أحدها وهو قوله في المدونة وفي هذه الرواية إنه يأخذ البقعة بما ينوبها من الثمن ، ووجه العمل في ذلك أن تقوم البقعة مهدومة والنقض مطروحاً بها يوم وقعت الصفقة ، ثم ينظر ما يقع للنقض من الجميع ، فان كان الثلث مثل أن يكون قيمته مقلوعاً مطروحاً بالأرض مائة وقيمة البقعة مهدومة مائتين ، قيل للشفيع إن شيئت أن تأخذ البقعة بالشفعة فخذها بثلثي الثمن كان أقل من قيمة البقعة أو أكثر إن كان الثمن ثلاثمائة وستين أخذها بالشفعة بمائتين وأربعين، وإن كان الثمن مائتين وأربعين أخذ الشفيع البقعة بالشفعة بمائة وستين ، وهذا القول على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم البيع ، **والقول الثاني** أنه يأخذ البقعة والثمن الذي باع به الانقاض كان أقل من قيمته أو أكثر ، ويؤدي جميع الثمن فإن كان

ثمن الانقاض من جنس الثمن الذي اشترى به المشتري النقض قاصَّهُ منه بثمن النقض ودفع إليه البقية، **والقول الثالث** أنه ليس للشفيع إلاَّ الأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي بيع به، وهو اختيار محمد بن المواز، وهذان القولان على قياس القول بأنه يحكم للآخذ بالشفعة بحكم الاستحقاق ، وقد رأيت لسحنون أنه قال في هذه المسألة لمالك ثلاثةُ أقوال ، وقد قِسْتُهَا فلم يعتدل عندي منها شيء ، وأشهب يقول فيها أيضاً قولاً وفيها تنازع شديد ، ولا أذكر في وقتي هذا قول أشهب ، ويحتمل أن يريد سحنون أن النقض تفوت بالهدم ، وهذا الذي يأتي في المسألة على حقيقة القياس بأن الأخذ بالشفعة بيع من البيوع وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن القوم يشترون الثمرة في رؤوس النخيل فباع بعضهم قبلُ أن يقتسموها هل لشركائه الشفعة أيضاً أم لا ؟ أو يكونوا شركاء في الزرع فباع بعضُهم بعد ما حَلَّ بيعُ الزرع هل فيه شفعة ؟ وفي المقاتي والبقول كلها أو ما تنبته الأرضُ هل فيه شفعة أو جَائِحَةٌ ؟ .

قال : قال مالك في الثمرة في النخل والعنب وما أشبهها من الأُصول : لشركائه فيه شفعة إذا باع أحد منهم ، والمساقاة كذلك ، وقال لي مالك في الزرع : لا شفعة فيه ، قال : وقال مالك والجوائح توضع في هذه كلها الثلث فصاعداً إلاَّ الزرع فإنه لا جائحة فيه وذلك أنه إنما يباع بعدما يَيْبَسُ .

قال محمد بن رشد : المشهور من الأقوال في الثمرة أن فيها الشفعة ما لم تَيْبَسْ وقد قيل إن الشفعة فيها وإن يبست ما لم تُجَد حسبما ذكرناه في أول مسألة من سماع عيسى ، والمشهور في الزرع أنه لا شفعة فيه ، ويتخرج وجوبُ الشفعة فيه وإن يَبِس ما لم يحصد ، وعلى قياس القول بوجوب الشفعة

في الثمرة ما لم تجد ، وهو ظاهر قوله في أول رسم من سماع أشهب إن الشفعة في الأرض وفي كل ما انبتت الأرض .

وأما البقول فالمنصوص أنه لا شفعة فيها ويتخرج وجوب الشفعة فيها أيضاً على قياس القول بوجوب الشفعة في الثمرة ما لم تجد وفي الزرع ما لم يُحصد وعلى ظاهر ما في سماع أشهب أيضاً من قوله إن الشفعة في الأرض وفي كل ما أنبتت الأرض ، وقد مضى قولنا في آخر أول رسم من سماع أشهب وفي أول رسم من سماع عيسى ما فيه بيان لهذا .

وأما الجائحة فلا اختلاف في وجوب وَضْعِهَا في البيع إذا بيعت بعد أن أزهت وقبل أن تَيْبَسَ أو يَحِينَ جَدَادُهَا واختلف في وجوب وضعها في الشفعة على الاختلاف في الآخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بِحكم الإستحقاق حسبما مضى القول فيه في أول رسم من سماع عيسى ، واختلف في وجوب وضعها في البيع إذا بيعت وأُجِيحَتْ بعد أن يبست وَحَانَ جَدَادُهَا واختلف على القَوْلِ بأنها توضع في البيع هل توضع في الشفعة أم لا ؟ على الاختلاف الذي ذكرناه في الآخذ بالشفعة هل يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الإستحقاق .

وحكمُ البقول في وجوب وضع الجائحة فيها في البيع حكمُ الزرع إذ لا يباع حتى يَيْبَسَ ويمكن حصاده ، وحكمُ الثمرة إذا بيعت وأُجِيحَتْ بعد تناهي طيبها وإمكان جدادها قيل إنها توضع وقيل إنها لا توضع ، وفي البقول قولٌ ثالث إنه يوضع فيها القليلُ والكثيرُ ، واختلف أيضاً على القول بأنها توضع في البيع هل توضع في الشفعة أم لا على الإختلاف الذي ذكرناه في الأخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال أشهب في الغائب إذا كان له شفعة فقدم من سفره إن له

أجل سنة من حين يقدم في آخرها وكذلك الصغير أيضاً له سنة من يوم يبلغ .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه لا يعتبر بمدة مغيب الشفيع ولا بمدة صغره وبلوغه ومِلْكِه أمرَ نفسه إذا كان صغيراً أو مولى عليه ، وقد مضى الإختلاف في حد المدة التي تنقطع فيها شفعة الحاضر المالك لنفسه في رسم البز من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وباللّه التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ بن الفرج : سئل اشهبُ عن الشفعة متى حَدُّ انقطاعها للحاضر ؟ فقال : إذا كان مشتريها يعالج فيها شيئاً هدماً أو مرمة أو ما أشبه ذلك فلا أراها إلاّ وستنقطع قبلَ السنة ، وإن لم يكن كذلك فسنة ، قال أصبغ : ما أحسنها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها في رسم البز من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وباللّه التوفيق .

مسألــة

قال أبو زيد : وقال ابن القاسم في البقول لا أرى فيها شفعة والمقاتي فإني أراها بمنزلة الأصول فيها الشفعة لأنها ثمرة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها قبل هذا فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وباللّه التوفيق .

تم كتاب الشفعة من البيان والتحصيل بحمد اللّه تعالى وحسن عونه وصلى اللّه وسلم على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً .

[كتاب القسمة والشفعة] (١)

مِنْ سَمَاعِ ابنِ القَاسِمِ مِنْ مَالِكٍ رِوَايَةَ سَحْنُونَ مِنْ كِتَابِ حَلَفَ لَيَرْفَعَنَّ أَمْراً إلى السُّلْطَانِ

قال سحنون : أخبرني ابنُ القاسم عن مالك أنه قال في رجل هلك وترك نخلاً وترك عرقاً نحواً من خمسين عرقاً بخيبر ونحوها بواد القرى ومن ناحية الفرع ومن وراء المدينة إلى مكة نحو ذلك وفي ناحية الفرع مثلُ ذلك ، وَيَقْسِمُ وَرَثَتُهُ على ثلاثة وعشرين سهماً ، فقالوا اقسموا كل أعرق على ناحيةٍ .

قال مالك: لا أرى ذلك لهم، كيف يأخذون نخلةً نخلةً؟! ورأى هذا وَجْهَ ضرورة ، ولكن يُقسم ما بخيبر وواد القرى ومن ناحية الفرع ، ويعدل في القسمة ، وما كان من ناحية الفرع مثلُ ذلك ، وما شابه وادي القرى وخيبر ثم يُقَوَّمُ ذلك ويقتسمونه ، وتضم النواحي بعضها الى بعض خيبر إلى واد القرى والفرع إلى ما كان من

---

(١) الترجمة بين معقوفتين زيادة من نسخة ق ٣ .

ناحيتها ولم يَرَهُ مثل القطع التي وصفتُ لك قبل ذلك .

قال محمد بن رشد : الحكمُ في قسم حَوَائِطِ النخل كالحكم في قسم الأرضين ما جاز من هذا قسمه بالسهمة جاز من هذا ، وما لم يجز من هذا لم يجز من هذا ، فإذا كانت الحوائط في موضع أو كانت قريبة بعضها من بعض مع إستوائها في القرب من الحاضرة التي تعمر منها أو تشابهها في ذلك قسمت قسماً واحداً بالسهمة ، وإن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بِيَسِيرٍ تخرج ذلك عندي على اختلافهم في جواز قسم الأرض بالسهمة إذا كان بعضها أكرم وأطيب من بعض ، لأنها تتفق بالقرب كما تتفق بالكرم ، فتختلف لذلك قيمتُها ، وَحَدُّ اليسير في ذلك الميل والميلان ونحو ذلك ، وكذلك يختلف أيضاً في جواز قسمتها بالسهمة إذا بَعُدَ بعضها من بعض وهي على حد واحد في القرب من الحاضرة ، لأن الأغراض تختلف في ذلك فتقسم قسماً واحداً على ما في كتاب القسمة من المدونة في الدارين أنها تقسم قسماً واحداً إذا استوت في النفاق وإن تباعدت في الموضع ، ويأتي على ما في رسم الأقضية من سماع أشهب من هذا الكتاب في قسمة الدور أنها لا تقسم قسماً واحداً الا على التراضي ، وأما إن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بكثير فلا تقسم قسماً واحداً بالسهمة لأنها لكثرة تباينها في القيمة كالصنفين ، فقول مالك في هذه الرواية في الذي هلك وترك خمسين عرقاً بخيبر وخمسين عرقاً بوادي القرى وخمسين في ناحية الفرع ويقسم ورثته على ثلاثة وعشرين سهماً لأن النواحي يضم بعضها الى بعض فتقسم قسماً واحداً ولا يقسم نخل كل ناحية على حدة لأنه ضرر من أجل أنه لا يصير لكل واحد منهم إن قسموا كل عرق على حدة إلا نخلة نخلة ، يريد إن دَعَا إلى ذلك بعضُ الأشراك لأن معنى قوله فقالوا اقسموا كل أعرق على حدة أي فقال بعضهم ذلك إذ لو قال ذلك جميعُهم واتفقوا عليه لجاز على التراضي ولم يكن فيه كلام ، فقول مالك في هذه المسألة يأتي مثل قول عيسى ابن دينار في رسم حَمَلَ صبيا على دابة من

سماع عيسى في الأرض الكريمة والدنِيّة إن الكريمة تقسم على حدة والدنية على حدة إن كانت كل واحدة منهما تحتمل أن تقسم على حدة .

ويأتي في المسألة ثلاثةُ أقوال أحدها أنها لا تقسم إلا على حدة ، فإن لم تقسم على حدة بيعت على حدة وقسم الثمن بينهم إلا أن يتفقوا على قسمتها على التراضي بغير سهمه والثاني أنها تجمع في القسم وإن كانت تحتمل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة والثالث الفرق بين أن تحتمل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة أو لا تحتمل وهو قولُ مالك في هذه الرواية وقولُ عيسى ابن دينارِ الذي ذكرته في مسألة الأرض الكريمة والدنية ، وقول مالك في آخر المسألة وَلَمْ يره مثل القطع التي وصفت لك قبل ذلك يريد والله أعلم ولم يَرَ هذه الأعراق اليسيرة في كل ناحية التي لا تنقسم على سهام الورثة كالقطع الكثيرة التي تنقسم عليها .

ويتخرج في صفة قسمها بالسهمة فيما يقسم منها بالسهمة ثلاثة أقوال أحدها أنها تقسم قسماً واحداً من حيث تنتهي اليه سهامهم التي تنقسم منها وإن كان سهمُ أقلهم نصيباً ينتهي إلى عشرة أسهم أو أكثر ، ثم يقرع بينهم إما على طرف بعد طرف ، وإما على طرفين بعد طرفين فمن خرج سهمه على طرف ضم اليه بقية حقه منه وهو مذهب ابن القاسم في المدونة والثاني أنها تقسم على سهم أقلهم نصيباً فيسهم له على طرفين ، فيأخذ سهمه حيث خرج له ، ثم يقسم الباقي أيضاً على من بقي على سهم أقلِّهم نصيباً مما بقي الى آخرهم ، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة ، وذلك يتبين بالتنزيل ، مثال ذلك أن تموت امرأة وتترك زوجاً وأماً وابناً وابنة فللأم السدس ، وللابنة السدس وسدس السدس وللزوج السدس ونصف السدس وهو الربع ، وللإبن السدسان وثلث السدس وهي تنقسم من ستة وثلاثين سهماً ، وترك أربعة حوائط تنقسم الحوائط الأربعة على مذهب ابن القاسم ستة وثلاثين قسماً ثم يقرع بينهم إما على طرف بعد طرف وإما على الطرفين فمن خرج سهمه في

طرف ضم اليه بقية حظه فيه وتنقسم الحوائط على مذهب مالك أَوَّلاً أسداساً لأن سهم الأم أقل الأنصباء ، فتأخذ سدسها في طرف من الأطراف بالسهمة ، ثم تخلف الخمسة الأقسام الباقية فتقسم ثلاثين نصيباً ، تأخذ الإبنة منها سبعة أنصباء بالقرعة لأن حقها من الثلاثين الباقية بعد نصيب الأم سبعة ، ويأخذ الزوج منها تسعة أجزاء بالقرعة لأن حقه منها تسعة ويأخذ الإبن منها أربعة عشر جزءاً منها لأن حقه منها أربعة عشر جزءاً ، والقول الثالث ذهب إليه ابن حبيب وهو أن تقوم الحوائط كلها حائطاً حائطاً فيعرف حق كان وارث من جملة القيمة ، ثم يسهم بينهم ، فمن خرج سهمه على حائط منها وفي قيمته وفاءٌ من حقه أخذه ولم يكن له سواه ومن خرج سهمه على حائط منها وقيمته أكثر من حقه كان له منه بقدر حقه ، ومن خرج سهمُه على حائط وقيمته أقل من حقه كان له جميعه وأُكْمِل له بقية حقه في أقرب الحوائط اليه مثال ذلك أن يكون قيمة أحد الحوائط ستة ، والثاني تسعة ، والثالث سبعة ، والربع أربعة عشر ، فإن خرج سهم الأم على الحائط الذي قيمته ستة ، وسهم الزوج على الحائط الذي قيمته تسعة ، وسهم الإبنة على الحائط الذي قيمته سبعة وسهم الإبن على الحائط الذي قيمته أربعة عشر انفصلوا وانفرد كل واحد منهم بالحائط الذي خرج اليه بالسهم ، وإن خرج سهم الزوج على الحائط الذي قيمته ستة أخذه وبقية حقه من أقرب الحوائط اليه ، فإن كان أقربُ الحوائط اليه الحائط الذي قوم بستة كان له نصفه وان كان أقرب الحوائط اليه الحائط الذي قوم بتسعة كان له منه ثلثه وإن كان أقربُ الحوائط اليه الحائط الذي قوم بسبعة كان له منه ثلاثة أسباعه ، وإن كان أقرب الحوائط اليه الحائط الذي قوم بأربعة عشر ، كان له منه سبعة ونصف سبعة ثم يضرب لمن بقي من الورثة بالسهام على ما بقي من الحوائط فإن خرج سهم الأم على الحائط الذي قيمته تسعة كان لها منه ثلثاه مع الزوج إن كان أخذ منه ثلثه أو مع من يخرج له السهم عليه بعد ذلك إن كان لم يأخذ الزوج منه شيئاً ، فإن خرج سهمها على الحائط الذي قيمته سبعة كان لها ستة أسباعه مع من يخرج له السهم عليه بعد ذلك إن

كان لم يأخذ الزوج منه شيئاً ، وإن كان الزوج قد أخذ منه ثلاثة أسباعه كان لها بقيته وبقية حقها من أقرب الحوائط اليه على ما تقدم إلى أن ينقضي الإستهام بينهم في ذلك ، وهو قول بعيد في النظر ، لأن الأمر قد يؤول بينهم على القول إلى ألاَّ ينفصل جميعهم عن الشركة أو إلى ألاَّ ينفصل عنها واحد منهم ، وَقَوْلُ مالك في تكرير القسمة مرة بعد أخرى تعب وعناء ، فقول ابن القاسم أصح في النظر وأولى والله الموفق .

مسألــة

وسئل مالك عن جُعْلِ الذين يحبسون مع القاضي ويقتسمون الدور في جَعَائِلِهم فكرهه ، وضرب لذلك وجهاً وقال قد كان خارجةُ ابن زيد ومجاهدٌ يقسمان ولا يأخذان شيئاً يعني مع القضاء ، قال ابن القاسم : وذلك رأيي وأرى أن ينظر الوالي في ذلك إلى رجل ممن يحتاج الناس إليه في ذلك فَيُجْرِي عليه عطاءً مع الناس كما يُجريه على الغزاة ومن يحتاج إليه في أمر المسلمين ويحبسه عليهم مثل القاضي وشبهه .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في المدونة من كراهية أَرْزاق قسام القاضي ، ووجه الكراهية في ذلك أن القاضي هو الحاكم بذلك على اليَتِيم باجتهاده فلعله لو كان مالكاً لأمره واحْتاج إلى القسمة لَوَجَدَ من يستأجره على ذلك بأقل مما جعله القاضي عليه ، وكذلك إذا تحاكم عليه القوم واختصموا عنده في القسمة فقضي بها بينهم وأمر القاسمَ بذلك وجعل له الأجرة عليهم باجتهاده يكره له أخذُ ذلك إذ لعلهم لا يرضون بذلك المقدار الذي جعله له عليهم ، وإن رضي بذلك المحكومُ له لا يرضي به المحكوم عليه ، ولعلهم لا يرضون به قاسماً بينهم، وكذلك قال مالك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الأقضية لمن سأله في هذا المعنى من القضاء : وليكن من

شَأْنِكَ أن تدعو الورثة فتأمرهم يرتضون رجلاً ، فإذا ارتضوه وَلِّيْتَه أمرهم يحسب بينهم ، فإني قد رأيت بعض من عندنا يفعل ذلك ، فهذا كله بَيِّنٌ في أن الأولى والأحسن لِقُسَّامِ القاضي أن يتنزهوا ويتورعوا عن أخذ الجعل على ما يأمرهم به القاضي من القسمة كما كان يفعل خارجة بن زيد ومجاهد ، ومن هذا المعنى جعل الشرط على الناس فيما يبعثون فيه من أمرهم ، وقد مضى ذلك في رسم طلق من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان وأما إذا استأجر القومُ قاسماً يقسم بينهم فلا كراهية في ذلك ، وكذلك قال في المدونة . وكذلك أيضاً لا يكره أخذُ ما جعله له الإمام من بيت المال على ذلك لأن هذا وشبهه مما يحتاج اليه المسلمون ويعمهم نفعه فعلى الامام أن يرزقهم منْ بيت مالهم وبالله التوفيق .

ومن كتابٍ أوله باع غلاماً

وسئل عن رجل اشترى ثلاثة أخماس من حائط واشترى الآخر خُمُسَيْنِ ثم إن أحدهما دعا صاحبَه إلى القسم فأبى قال: تعال أقاومك فيتقاومان نخلة نخلة فدخلت عليهما وضيعة ، قال مالك : الوضعية بينهما إنما لو باعها من رجل آخر يَتَرادَّانِ النقصانَ بينهما ويجمعان الثمن ثم يترادان بعد ذلك النقصان .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله من أن الوضعية بينهما أخماساً كما كان يكون الربح بينهما لو ربحا في ذلك . مثال ذلك أن يشتري أحدهما ثلاثة أخماس الحائط بثلاثين ويشتري الآخر خمسيه بعشرين ، فيتقاومان الحائط صاحب الثلاثة الأخماس على صاحب الخُمسين بأربعة دنانير لأن الواجب لصاحب الثلاثة الأخماس من جميع الثمن وهو أربعون ثلاثة أخماسه وهو أربعة وعشرون عنده من ذلك عشرون ، بقيت له على صاحبه

أربعة يرجع بها عليه كما لو باعا جميعاً الحائط من أجنبي بأربعين لوجب لصاحب الثلاثة الأخماس منها أَرْبعة وعشرون ولصاحب الخمسين ستة عشر .

ومن كتاب المحرم
يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن الرجل الغائب يأتي الى شريك له فيقول له تعالى أقاسمك فيقول قد قاسمتك وهذه ناحيتي التي أسكن فيها ، وهذه ناحيتك ، ويقول الآخر ما قاسمتك شيئاً ، على من ترى البينة ؟ قال : إن أولاهما بالبينة الذي يقول قد قاسمتك .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال لقوله النبي عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر والذي يدعي القسمة مدع فعليه إقامة البينة إلا أن يَحُوز عليه في وجهه تلك الناحية مدة تكون فيها الحيازة عاملة فيكون القولُ قولَه فيما ادعاه من القسمة مع يمينه وقد مضى الإختلاف في قدرها وتحصيل القول في ذلك بين الأجنبيين وغيرهم في رسم يسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الإستحقاق .

مسألـــة

وسئل عن الرجل والمرأة يرثان الـدَّار فيقع لأحدهما مواريث بعضها بعد بعض فيُرِيدَانِ القسم أترى أن يجمع له حظه كله في قسم واحد أم يقسم على ما ورثا ؟ قال : بل يجمع حظه كله في قسم واحد كل ما ورث من ذلك الموِرث بعد المورث أو اشتراه في قسم واحد ولا يَجْمَعُ من يَقْسِمُ منهم لرجلين يقسم كل واحد منهما حقه ، قال ابن القاسم : يريد أَلَّا يجمع لاثنين من الورثة سهمهما في

موضع واحد ويقسم لكل واحد منهما حقه على حدة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إن القسمة لا تكون إلَّا على ما انتهى اليه حظه بالمواريث والأشرية ، وإن كان ذلك شيئاً بعد شيء ، إذْ لا يصح أن يقسم له بعض حقه ويبقى شريكاً ببعضه الا مع اتفاقهما على ذلك ، وذلك بين إذا كانت الدراهم تنقسم على ما انتهى اليه حقه فيها وقد كانت تقسم على ماله فيها ولا يشبه أن يكون من حقه أن يقسم له حقه الأول منها إذا كان الزائد بميراث لأنه يقول قد وجب لي القسمة فليس الميراثُ الذي وجب لي بالذي يُسقط حقي في القسمة وألا يكون ذلك من حقه إذا كان بشراء أو هبة بعدها .

وأما قوله إنه لا يجمع حظ اثنين في القسم فهو قوله في المدونة ، ومعناه إذا لم يكونوا أهل سهم واحد مثل الزوجات والبنات والجدات والأخوات والإخوة للأم ، لأن أهل السهم الواحد يجمع حظهم في القسمة ، وأما غير أهل السهم الواحد لا يجمع حظهم في القسم يريد بالسهمة لأنه غرر ، وأما في القسم على المراضاة بغير سهمه فذلك جائز وبالله التوفيق .

ومن كتاب يسلف في المتاع والحيوان المضمون

سئل مالك عن قوم ورثوا أرضين مفترقة فأراد بعضهم أن يجعل نصيبه في موضع وأبى الآخرون أن يفعلوا ذلك ، وقالوا نقطع نصيبك من كل أرض ، قال مالك : إن كانت الأرضون متقاربة وكانت كلها بنضح أو بعين كلها ، رأيت أن يجمع له نصيبه في موضع واحد ، وإن كانت متباعدة بعضها من بعض في مثل قرى مختلفة رأيت أن يُعْطي نصيبَه من كل أرض ، ومعنى قوله أن يجمع ما يسقى

بالعين ان كانت الأرضون متقاربة وأن يجمع ما يسقى بالنضح إن كانت الأرضون متقاربة ولا يجمع بين النضح والعين في القسم ، وإن لم تتقارب لم يجمع له نصيبه وإن كانت بنضح كلها .

قال محمد بن رشد : قد مضى في أول مسألة من السماع تحصيلُ القول في البُعد من القرب المانع من الجمع في القسمة ، فلا معنى لإعادته ، ونص في هذه الرواية على أنه لا يجمع النضح مع السقي بالعين ولم ينص فيها هل يجمع ما يسقى بالعين مع البَعِل أم لا ؟ وظاهرها أنها لا تجمع مثل ما في الواضحة وسماع أشهب منصوص عليه ، خلافُ ما في الموطأ من أن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها ، وأما النضح فلا يقسم مع البعِل ولا مع العين قولاً واحداً على ما نص عليه في هذه الرواية ، وفي الموطأ وفي الواضحة ، واختلف إذا كانت كلها بعلاً أو تسقى بعين أو بنضح وبعضها أفضل من بعض على ما سيأتي القولُ فيه في رسم حمل صبيا من سماع عيسى وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك روايةَ سحنون

قال أشهب وابنُ نافع : سألنا مالكاً عن الأرض فيها النخل بعضها أقرب من بعض من الماء ، وهي بين أشراك فأرادوا القسمة ، قال : يقسم بالقيمة فيفضل ما كان قرب الماء لأنه ربما بعد النخل من الماء وقل الماء فلم يشرب الماء من النخل إلا ما قرب ، تكون هذه التي هي أقرب الى الماء مائة نخلة ، والتي على أثرها ، خمسين ومائة ، والتي خلفها ثلاثمائة يقسم ذلك بالقيمة .

قال محمد بن رشد : هذا على الإختلاف في جمع الأرض في القسمة إذا كان بعضها أفضل من بعض وسيأتي ذلك في رسم حمل صبياً مر

سماع عيسى بعد هذا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

قال : وسألته عن الإخوة للأم يرثون الثلثَ فيقول أحدهم أقسموا لي حصتي على حدة ولا تضموني الى إخوتي ، قال : ليس ذلك له حتى يقسم له ولاخوته جميعاً الثلث ، ثم يقاسمهم بَعْدُ إن شاء ، وكذلك أزواج الميت يرثن الربع أو الثمن فتقول إحداهن اقسموا لي حصتي فتقع حصة هذه ها هنا وحصة هذه ها هنا فلا أرى ذلك لهن حتى يقتسم لهن جميعاً ، فيقتسمن بعد أن يقسم لهن جميعاً إن شئن ، وكذلك العصبة الإخوة وغيرهم يقول بعضهم أقسموا لي حصتي فليس ذلك لهم حتى يقسم للإخوة للأم حصتهم وللأزواج حصتهن ثم يقسم العصبة ما صار لهم إن شاؤوا .

قال محمد بن رشد : أما أهل السهم الواحد وهم الزوجات والبنات والأخوات والجدات والإخوة للأم والموصى لهم بالثلث فلا اختلاف أحفظه أنه يجمع حظهم في القسمة بالسهمة شاؤوا أو أبوا ، لأنهم بمنزلة الواحد .

وأما العصبة فاختلف على ثلاثة أقوال **أحدها** أنهم كأهل السهم الواحد يقسم لهم بحقهم معاً ثم يقتسمون بَعْدُ إن شاؤوا وهو قوله في هذه الرواية وإليه ذهب إبن حبيب في الواضحة ، **والثاني** أنهم ليسوا كأهل سهم واحد فلا يجمع حظهم في القسمة بالسهمة وإن رضوا ، وأراه قول المغيرة ، ويحتمل أن يكون ذهب إليه سحنون ، ولذلك طرح من كتاب القسمة من المدونة جملة المسألة التي وقع من قول ابن القاسم في آخرها متصلاً بقول مالك فيها ، وقد قال لي مالك ما أخبرتك أنه لا يجمع نصيب رجلين في القسم ، وهذا في أهل الميراث كلهم غيرها ولاء ، وهذا تفسير مِنّي عن قول مالك ، **والثالث** أنه لا

يجمع حظهم في القسم بالسهمة إلا ولا يريدوا أن يقتسموا ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم في المدونة لأنه فسر قول مالك فيها فيمن ترك زوجة وعصبة وترك أرضاً إن المرأة يضرب لها بحقها في أحد الطرفين ، فقال معناه عندي إذا كان العصبة واحداً أو عدداً لا يريدون القسمة ، وقد اختلف في تأويل قول مالك إن المرأة يضرب لها بحقها مع العصبة في أحد الطرفين فقيل إنه يضرب لها في أحد الطرفين مع الورثة من كانوا ؟ ثم يقتسمون بَعْدُ إن أحبوا وهو ظاهر قول مالك في المدونة ورواية ابن الماجشون عن مالك ، وقيل إن ذلك مع العصبة بخاصة إذا لم يريدوا أن يقتسموا وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثالث

قال وسئل عن المرأة يموت زوجها أيقتسم ماله قبل أن يستبرأ رحمها ، فقال إن كانت حاملاً لم يقتسم الميراث حتى تضع ، قيل له إنما مَاتَ زوجها ولم يعلم أنها حامل أيؤخر الميراث حتى يستبرأ رحمها بحيضه فقال ما سمعت بهذا ولكن إن كانت حاملاً أُخِّرَ الميراث ولم يقسم حتى تضع ما في بطنها ثم سُئل بعد ذلك فقيل له أيضاً توفي وله امرأة قد أَبْطَأَتْ عنها حيضتُها أَيُقتسم ميراثه حتى تحيض ، فقال : لا يُقتَسَم ميراثه ولا يعجل فيه حتى يتبين من حملها فقيل له حتى يستبرأ ، فقال ليس حتى يستبرأ ولكن لا يعجل في قسم ميراثه حتى ينظر في ذلك من أمرها .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في رسم العتق من هذا السماع من كتاب العتق أن الميراث لا يقتسم حتى توضع الحمل ، فإن قال الورثة نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له ميراثه لم يكن ذلك لهم ، قال أصبغ فإن فعلوا فسخت القسمة ووقف جميعُ المال فإن غُصِبَ سهمُ الورثة يريد في أيديهم بعد

أن أخذوه قبل أن تفسخ القسمة ويوقف المال وولد المولود أعطى نصيبه ومضى الضمان عليهم ، وإن تلف سهم المولود وسلم سهمهم أعطى سهمه مما بأيديهم وابتدئت القسمة فيه لا من الجميع ، هذا قولُ أصبغ إلا ما زدْته فيه على سبيل البيان والتفسير ، ولو تلف الجميع سهم المولود الذي وقف له وَسِهَامُهم التي أخذوها بأيديهم لوجب أن يرجع عليهم بحظه مما تلف بأيديهم لأنهم تعدوا بأخذه لا بحظه من الجميع ، لأنهم فعلوا في توقيف حظه ما وجب إذ كان الواجب أن يوقف الجميع ، وكذلك إن كان له ولد فقالت امرأته عجلوا لي الثُّمن لأنه لي واجب وضعتُ ذكراً أو أنثى أو أنفش الحمل أو لم تضع شيئاً لم يكن ذلك لها ، قال مالك في المبسوطة : فإن جهلوا ذلك فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك أو هلك أو نقص لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها ، قال إبن القاسم مفسراً لِقول مالك : أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء ، وأما الحمل فإنه يرجع على من كان من الورثة مَلِيّاً فيقاسمهم ما في أيديهم ويتبع هو وهم المُعدمين .

قيل له فما فرق بين ذلك وبين الورثة إذا إقتسموا ثم طرأ ولد لم يرجع ذلك الولد على الأملياء دون المعدمين ، لكن يرجع على المليء والمعدم بقدر ما صار في يديه من مصابته ؟ فقال : فرق ما بينهما لِأن الذين إقتسموا المال قبل أن يوضع الحمل صنعوا ما لا يجوز لهم ، وإن الذين إقتسموا المال وله ولد لم يعلموا به صنعوا ما كان يجوز لهم ، فهذا فرق بينهما ، وأراه قولَ مالك ، قال ابن القاسم فإن أعتق أحدُ الورثة رأساً من رقيق الميت قبل أن يوضع الحمل قُوِّمَ عليه فعتق عليه كله ، ومعنى ذلك عندي إذا كان يرث مع الحمل ولم يكن الحمل يَحْجُبُه واللّٰه أعلم .

واختلف إذا أوصى بوصايا وله حمل ، فقيل إنها لا تنفذ الوصايا وينظر الحمل ، وهو قول مالك في رسم البز من سماع إبن

القاسم من كتاب الوصايا ، وقولُهُ أيضاً في رواية ابن أبي أُوَيس عنه ، وقولُ محمد بن مسلمة ، قال لأنَّ ما يهلك يهلك من رأس المال وما زاد زاد من رأس المال ، فيكون الموصى له قد استوفى وصيته على غير ما ورث الورثة ، وروى إبن نافع عن مالك في المبسوط أن الوصايا تُنَفَّذُ ويؤخر الورثةُ القسمةَ حتى تضع المرأة ، وهو قول أشهب في بعض روايات العتيبة من رسم البز من الكتاب المذكور .

وأما الدَّين فإنه يُؤَدِّي من تركته ولا ينتظر به وضع الحمل ، هذا ما لا أعرف فيه خلافاً إلا ما ذكر فيه عن بعض الشيوخ من الغلط الذي لا يعد في الخلاف ، قال البَاجِي شهدتُ ابن أَيْمَن يَحكي في ميت مات وترك إمرأته حاملاً أنه لا يقسم ميراثه ولا يؤدي مِنْه دَيْنُه حتى يوضع الحمل فانكرتُ ذلك ، فقال : هذا مذهبنا ولم يأت ابن أيمن بِحُجَّة ، والصحيح أن يؤدي دينه ولا ينتظر الحمل ، ولا يدخل في هذا اختلاف قول مالك في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل للورثة الرجوع على الوصي لهم بثلثي ما قبضوا ولعلهم سواء كانوا معينين أو غير معينين فلا يجدون على من يرجعون ، وأما تأخير أداء الدَّين حتى يوضع الحمل فلا علة توجبه بل يجب ترك التوقيف وتعجيل أداء الدين مخافة أن يهلك المال فيبطل حق صاحب الدين من غير وجه منفعة كان في ذلك للورثة وإذا وجب أن يقضي دينُ الغائب مما يُوجَدُ له من المال مع بقاء ذمته إن تلف المال الموجُود له كان أحرى أن يؤدي الدين عن الميت من تركته لوجهين أحدهما أن الميت قد انقطعت ذمته ، والثاني أن الحمل لا يجب له في التركة حق حتى يولد حَيّاً ويستهل صارخاً ، ولو مَات قبل ذلك لم يورث عنه نصيبه ، والغائب حقه واجب في المال الموجود ، ولو مات ورثه عنه ورثته ،

فإذا لم ينتظر الغائب مع وجوب المال الذي يؤدي منه الدين الآن له كان أحرى ألَّا ينتظر الحمل إذ لم يجب له بعد في التركة حق ، ومن قول إبن القاسم في المدونة وغيرها إنَّ من أثبت حقاً على صغير قضى له به عليه ولم يُجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك ، فإذا قضى على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل بتأدية دين الميت ، وهذا كله بين لا ارْتِيَابِ فيه ولا إشكال ، فقف على هذه الثلاث المسائل : الدَّين يؤدي باتفاق ولا ينتظر وضع الحمل والتركة لا يقتسمها الورثة باتفاق حتى يوضع الحمل ، والوصايا تختلف هل يعجل إنفاذُها قبل وضع الحمل أو لا يعجل حتى يوضع الحمل؟ فإذا توفي الرجل وله إمرأة وجب ألا يعجل فيه الميراث حتى تسأل المرأة هل بها حمل أم لا ؟ فإن قالت أنا حامل وقفت التركة حتى تضع أو يظهر أنه ليس بها حمل ، بانقضاء أَمَدِ عِدَّة الوفاء وليس بها حمل ظاهر ، وان قالت لستُ بحامل قبل قولها واقتسمت التركة ، وان قالت لا أدري أُخر قسمُ الميراث حتى يتبين أنه ليس بها حمل بأن تحيض حيضة أو يمضي أمد العدة وليس بها ريبة من حمل ، وهذا معنى قوله في هذه الرواية لا يعجل بقسم الميراث حتى يتبين من حملها ، وكره أن يقول حتى تُسْتَبْرَأَ إذ هي مأمونة على نفسها في ذلك مصدقة في قولها بما دل من كتاب اللّه عز وجل على إئتمانها بقوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾(٢) وباللّه التوفيق .

---

(٢) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة .

ومن كتاب البيوع الأول

قال وسألت مالكاً عن الرجلين يكون بينهما الشيء من الثمار النخل أو العنب أو التين فَيُرِيدانِ اقتسام ذلك في رؤوس الشجر بالخرص فقال لا بأس باقتسام ذلك كله في رؤوس الشجر من النخل والعنب أو التين أو الثمار كلها إذا وُجِدَ من يعرف ذلك ويحسنه ، وإنما يجوز ذلك إذا طابت الثمرة وحل بيعها ، فأما قبل أن يحل بيعها فلا يصلح ذلك وإنما يقسم ذلك إذا طاب وحل بيعه بالخرص وهو يعمل به ها هنا عندنا في ثمر النخل .

فقلت له وما يدعوهم إلى إقتسامه بالخرص ؟ فقال : إنما يدعوهم إلى ذلك أن يكون أحدهم يريد أن يأكله رطباً أو يبيعه والآخر يريد أن يأكله أو يبيعه تمراً ، فإذا اختلفا هكذا فكان هذا يريد به أن يقسم في شَجَرِهِ إذا طاب وحل بيعه ، لا يحل اقتسام شيء منه إلا بعد أن يطيب ويحل بيعه ، فأما قبل أن يطيب فلا يصلح ذلك .

قلت لَهُ بعد ذلك : إنك قد قلت لي في الثمار من النخل والأعناب والأتيان والثمار كلها تكون بين الشريكين إنه لا بأس أن يقتسما ذلك في رؤوس النخل أو الأشجار بالخرص إذا كان ذلك الثمر قد طاب وحل بيعه ، وأنه رحمكَ اللَّهُ قد يكون في ذلك الثمر أصناف غير واحدة فيكون في النخل العجوة والصيحاني والبرني وغير ذلك من الأصناف ويكون في الأعناب الأبيض والأسود والأحمر ، ويكون مع ذلك في غيرها من الثمار فيكون في الشيء منها أصناف غير واحدة فكيف ترى أن يقسم ذلك ؟ أيقسم كل صنف منها على حدته حتى يصير لكل واحد منها من عدد الكيل عدداً واحداً ولا

يقتسمان فيأخذ هذا نخلة برني خرصها عشرة أَصْوُعٍ بنخلة يعطيها الآخر من الصيحاني أو من العجوة وخرصها خمسة عشر صاعاً ، قال وكذلك لَو كانت النخلة عجوة أو صيحانياً أو برنياً وبعض ذلك أفضل من بعض أسلم طعاماً وأكثرُ قدراً وأقل حَشَفاً فإنه يقسم كل واحد منهما على حدته حتى يصير لكل واحد منهما من عدد الكيل عَدَدٌ واحد ، ولا يقتسمان فيأخذ هذا نخلة طيبة الطعام خرصها عشرة أصوع بنخلة يعطيها الآخر خرصها خمسة عشر صاعاً .

فقلتُ له إني أَمْتَعَ اللّهُ بك لم أرد هذا الذي أردت إذا كانت النخل فيها غير صنف واحد العجوة والصيحاني والبرني فأراد اقتسام ذلك مجتمعاً ليس كل صنف منها على حدته يعطي هذا نخلة صيحاني بنخلة يأخذها من برني وعجوة وخرصها واحد جميعاً أترى بذلك بأساً ؟ أم لا يقسم ذلك على كل حال من الحال إلاَّ كل صنف من ذلك على حدته الصيحاني على حدته والعجوة على حدته والبرني على حدته .

فقال إذَا كان أحَدهما لا يأخذ أبداً من مكيلة الثمرة في الخرص أقل ولا أكثر مما يأخذ صاحبه فلا بأس بأن يقسم ذلك كله بالخرص مجتمعاً ليس كل صنف على حدته إذا لم يتفضل أحدهما على صاحبه في مكيلة الخرص ، وكان ما يصير إلى كل واحد منهما في الخرص من عدد المكيلة إلى عدد واحد فلا يُبَالِي كيف أقتسم ذلك كل صنف على حدته أو اقتسم جميعاً لا بأس بذلك كله إذا لم يتفضل أحدُهما على صاحبه ، قيل أرأيت الزرع أيقسم كذلك ؟ فقال لا أرى ذلك يجوز في الزرع ولا أراه يَجوز إلا في الثمار .

قال محمد بن رشد : سَاوَىٰ في هذه الرواية بين ثمار النخل وسائر

الثمار كلها من العنب والتين وغير ذلك مما يجوز فيه التفاضل ومما لا يجوز في جواز قسمة ذلك بالخرص إذا اختلفت الحاجة في ذلك ، خلافُ مذهب ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك في أن القسمة في ذلك لَا تَجوزُ على الخرص مع اختلاف الحاجة إلاَّ في العنب والنخل والذي مضى فيه الخرص لوجوب الزكاة فيه ، وإلى هذه الرواية أشار في المدونة بقوله : وذلك أنه ذكر بعض أصحابنا أن مالكاً ارخص في قسم الفواكه بالخرص ، وهذه الرواية أظهر وأصح في المعنى من رواية إبن القاسم عن مالك ، لأنه إذا جاز التَّحَرِّي والخرص فيما لا يجوز فيه التفاضل لضرورتهم إلى ذلك من أجل اختلاف حوائجهم فأحرى أن يجوز ذلك فيما يجوز فيه التفاضل لا تدْخله المزابنة ، وقولُه أيضاً إنما يجوز ذلك إذا طابت الثمرة خلافٌ لما في المدونة،لأنه أجاز فيها قسمة البلح الكبير على الخرص،وفي رؤوس الثمار إذا اختلفت حوائجهما فيه خلافُ قول سحنون في ذلك ، فاشتراط مالك في هذه الرواية طيب الثمرة مثلُ مذهب سحنون في البلح الكبير لأن العلة عنده في أن قسمته بالخرص لا تجوز هو أنه إن ترك أحدهما نصيبه أو شيئاً منه حتى يطيب انفسخت القسمة بينهما ، فإذا كان هذا يأكل وهذا يبيع وكل بِجَدَادٍ لَا يَجُوزُ لكل واحد منهما أن أن يترك شيئاً منه حتى يطيب فلم تختلف حوائجهما لأنهما إذا كان لا بد لهما من الجد قبل الطياب فليقتسماه إذا جدَّاه بالكيل ، وقول ابن القاسم في هذا أظهر لأنهما لَا يجدَّان معاً وإرادة كل واحد منهما أن يجد بقدر حاجته ، أحدُهما قليلاً والآخر كثيراً اختلاف حاجة يجوز لهما به قسمته على الخرص ، وأما الزرع فلا يجوز قسمته على الخرص بإتفاق لإتفاق حوائجها فيه ، إذ لا يؤكل فريكاً فلا تجوز قسمته إلَّا بالكيل بعد أن يحصد ويدرس إلَّا أن يكون ذلك قبل أن يبدو صلاحه على أن يحصد كل واحد منهما حصته مكانه فيجوز على الإختلاف في قسمة البقل القائم بالخرص والثمر الذي يجوز فيه التفاضل وباللّٰه التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

وَسَأَلْتُهُ عن الرجلين يشتريان الرقيق ثم يدعو أحدُهما صاحبَه إلى قسم الرقيق أيكون ذلك على شريكه إذا كانت تلك الرقيق تنقسم ؟ قال : نعم ، أرى ذلك له عليه إذا كانت الرقيق تنقسم ، فقلت له يقول إذا دَعَا أحدُهما صاحبه إلى المقاسمة كان عليه أن يقاسمه إياها إن كانت تنقسم وإلَّا باعوها ، فقال نعم إذا كانت تنقسم كان عليه أن يقاسمه إياها وإن لم تنقسم تَقَاوَمُوها أو باعوها في السوق ، فقلت له بعد ذلك بيوم : أرأيت القوم يشتركون فيشترون الدور ثم يدعو بعضُهم إلى القسم أيجمع كل واحد منهم حقه من الدور في موضع واحد إذا كان متقارباً أم يقسم بينهم كل دار على حِدَتِهَا ؟ فقال : بل يقسم لكل إنسان منهم حقه من الدور في موضع واحد إذا كان متقارباً ، قلت له ما تقارب ذلك ؟ قال : في مكان من المدينة بناحية واحدة وكان لعرض واحد من الأعراض فإذا كان ذلك كله يقسم جميعاً فيجمع لكل إنسان منهم حقه في موضع ولا يعطي حقه من كل دار فيها ، وأما ما تباعد منها بعضُها من بعضٍ فلا يقسم كل واحد إلَّا على حدته .

قال محمد بن رشد : قوله في الشريكين يكون بينهما الرقيق فيدعو أحدهما إلى القسمة إنها تنقسم بينهم إن كانت تنقسم يريد إن كانت تعدل في القسم بالقيمة حتى يصير لكل واحد منهما في حظه عبد كامل أو عبدان كاملان أو عبيد كاملة ، فإن لم تنقسم بينهما إلا بجزء من عبد تقاوموها أو باعوها فاقتسما الثمن ، يريد تقاوموها ان أحبوا ذلك أو باعوا ، لأن المقاومة لا يُجْبَرُ من أبى منهما ، فكان الصواب في الكلام أن يقول إنها إن لم تنقسم باعوها في السوق إلَّا أن يريدوا أن يتقاوموها فيجوز ذلك بينهم ، ويأتي في هذه المسألة

على ما ذكرناه من قول إبن حبيب في أول مسألة من سماع إبن القاسم أنها إن لم تقسم بالقيمة على قدر حظوظهم منها قُوِّمَ كل عبد منها على حدة ثم يضرب عليها بالسهام ، فإن خرج سهم أحدهم على عبد منها وقيمتُه أكثرُ من حظه كان له منه قدرُ حظه وكان بَقِيَّتُـهُ وسائرُ العبيد لشريكه ، وإن خرج سهمه عليه وقيمته أقل من حظه كان له وضرب له بالسهم الثانية فإن خرج سهمه على عبد قيمته أكثر من بقية حظه كان له منه بقدر ما بقي له من حظه ، وإن خرج سهمه على عبد قيمته أقل من قيمة حظه أخذه وضرب له بالسهم الثالث على ما بقي من العبيد حتى يستكمل بقية حظه كاملاً ، وباللّٰه التوفيق .

مسألــة

قلت له أرأيت الدارين تكون إحداهما في موضع حي عامرٍ يُرْغَبُ والأخرى في موضع غير عامر ، وكلاهما بقرية واحدة ؟ قال : أما الشيء البعيد مثل منزلي هذا ومنزل آخر بالتشبيه ، فإنه يقسم كل واحد منهما على حدته ولا يقتسمان جميعاً حتى يجمع لأحدهما حقه إذا كانت متباعدة هكذا، وإنما هذا في الدور إذا تباعدت هكذا قسم لكل واحد منهم في ذلك كله ، ولم تجمع له في موضع واحد ، وليس الحوائط في هذا مثل الدور والحوائط إذا كانت هكـذا بالمدينة وما قاربها وإن تباعدت بعضها من بعض فإنها تقسم فيقطع لكل واحد منهم نصيبه من الحوائط كلها في موضع واحد إلا أن يكون بعضها ليس يعارض صاحبها سائر المدينة لا تقتسم حوائطها مع حوائط خيبر تقسم هذه على حدتها وهذه على حدتها ، وليس يقسم العين مع النضح ، ولا البعـل مع السقي وإن تقـاربت الحوائط ، وإنما يقسم كل شيء من هذه بينهم إذا كانت على هذه الصفة على حدته إلاَّ أن يتراضوا أن يجمعوا ذلك كله في القسم فيكون ذلك لهم .

قلت له أرأيت إن كان الحائطان جميعاً متقاربين في الموضع وكلاهما من سقيه على شيء واحد من عين أو نضح أو بعل إلَّا أَنَّ أحد الحائطين عجوة والآخر صيحاني إنما يختلفان في ثمارهما فأرادَا اقتسامهما أيقسم لكل واحد منهما حقه من كل حائط أو يجمع له من الحائطين جميعاً في حائط واحد؟ فقال لي بل يقسم له كله من الحائطين فيجمع له في حائط واحد ولا يقسم له في كل حائط بحقه فيقطع له ذلك في الحائطين جميعاً، وإن كان أحدهما صيحانياً والآخر عجوة فإن ذلك يجمع لكل واحد منهما في موضع واحد لا يقسم له في كل حائط بحقه، قال لي: وكذلك ما ورث من الأمْوال والدور وهو مثل ما يشتري منها، فالمرأة يقطع لها الربع من الدور في موضع واحد إذا كانت الدور متقاربة، وإنما تقسم هذه الأشياء إذا كانت هكذا بالقيمة.

قال محمد بن رشد: راعي في قسمة الدور في هذه الرواية اختلاف مواضعها ولم يراع اختلاف نفاقها، فلم يُجِزْ أن يجمع في القسمة إذا اختلف مواضعها بالبعد وإن اتفقت بالنفاق عكس ما في المدونة من أنها تقسم قسماً واحداً إذا اتفقت مواضعها في النفاق وإن اختلفت بالبعد ولا تقسم قسماً واحداً إذا اختلفت مواضعها في النِّفاقِ وإن اتفقت في القرب، وفي المسألة قول ثالث يقوم من المدونة أنها لا تقسم قسماً واحداً إلَّا أن يتفقا في النفاق والقرب، فإن تباعد ما بينهما في المواضع واختلف موضعهما في النفاق وإن كان قريباً لم يجمع في القسم، وقُسِمَ كل واحد منهما على حدته.

وتفرقتُه بين الحوائط والدور في مراعاة البعد ليس بِبَيِّن في القياس والنظر، الصواب أن يدْخل في الحوائط الاختلاف من الدور حسبما ذكرناهُ في أول مسألة من سماع ابن القاسم وفي قوله بعد ذلك إن الحائطين إذا كانا جميعاً متقاربين في المواضع يجمعان في القسم دليل على أنه لا يجمعان فيه إذا لم

يكونا متقاربين ، فعلى هذا ساوى بين الدارين والحائطين وهو القياس على ما ذكرناه .

وقولُهُ إن البعل لا يقسم مع السقي وهو خِلَافُ قول مالك في الموطأ مثل ما حكى ابن حبيب في الواضحة وقد مضى هذا في آخر رسم من سماع ابن القاسم ، وقولُه إن الحائطين يجمعان في القسم وإن كان ثمرُ أحدهما عجوة والآخر صيحانياً صحيح لا اختلاف فيه لأن العجوة والصيحاني صنف واحد ، ولو كان أحد الحائطين نخلاً والثاني تيناً أو عنباً لما جمعا في القسمة بالسهمة لِأَنَّهُمَا صنفان وباللّه التوفيق .

مسألـــة

وسئل عمن توفي وترك ثلاثة ولد ذكوراً وترك ثلاثة أَعْبُدٍ واقتسم الورثة فأخذ كل واحد منهم عبداً فتوفي أحدُ الأعبد عند احدهم واعترف الآخر في يد الثاني ، وبقي الآخر في يد الثالث ، فقال الذي مات العبد في يديه هو منه ، وليس للذي اعترف العبد في يديه عليه شيء ، لأنه قد فات عنده ، ويرجع الذي اعترف العبد في يديه على أخيه الذي في يديه العبد الثاني فيكون له ثلثه وللذي في يديه العبد الثلثان ، ولا يكون لأخيهما الذي توفي العبد في يديه فيه شيء لأنه مات عنده ، ولا يكون للذي انتزع منه العبد من الباقي إلَّا الثلث ، وإن كان هذا العبد الباقي مات أيضاً عند صاحبه ما كان عليه شيء ولا يكون للذي اعترف العبد في يديه عليه شيء .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضت في سماع سحنون من كتاب الاستحقاق والكلام عليها مستوفى فلا وجه لاعادته وباللّٰه التوفيق

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال عيسى ابن دينار : سئل ابن القاسم عن رجلين اشْتَرَيَا عشرة أرؤس فاقتسماها فأخذ كل واحد منهما خمسة ، فكان حظ أحدهما خيراً من حظ صاحبه بدينار ونصف ، فغرم لصاحبه ديناراً ونصفاً فوجد الذي أخذ الدينار ونصفاً في حظه رأساً به عَيْبٌ وقد فاتت رقيق صاحبه أو لم تفت ، قال ابن القاسم : إن لم تفت رقيق صاحبه نظر إلى قيمة رقيق هذا الذي وجد العيب بالعبد والعبد المعيب فيها يُقَامُ صحيحاً فينظر ما اسم هذا العبد المعيب من جميع قيمتها ، فإن كان السدس كان هذا العبد بينهما بنصفين ، ورد من الدينار ونصف على صاحبه نصف سدسها ، وكان شريكاً في رقيق صاحبه بنصف سدسها ، وإن كانت قد فاتت رجع عليه بنصف سدس قيمتها وَحَاصَّهُ في نصف سدس قيمتها بنصف سدس الدينار ونصف ، وكان العبد المعيب بينهما ، لأن الدينار والنصف قد أصاب كل رأس مِنها بقدر قيمته فلما أن صار هذا العبد المعيب سدس قيمة الخمسة أرؤس كان الذي أصابه من الدينار نصف سدسه فكان للذي وجد العيب نصف السدس .

قال ابن القاسم : ولو كان العبد الذي وجد به العيب هو وجه الخمسة أروس التي أخر فيها رجاء الفضل ولم يفت رقيق صاحبه انتقضت القسمة كلها ، واقتسموا ثانية ، ولو كانت قد فاتت رقيق صاحبه بِنَمَاءٍ أو نقصان أو اختلاف أسواق كان عليه قيمتها ثم اقتسموا الرقيق والقيمة .

قال محمد بن رشد : قولُه فكان حظ أحدهما خيراً من حظ صاحبه بدينار ونصف فغرم لصاحبه ديناراً ونصفاً كلامٌ وقع على غير تحصيل لا يصح ، لأنه إنما يجب أن يغرم له ديناراً ونصفاً من ماله إذا كان حظ صاحبه خيراً من صاحبه بثلاثة دينار، وكذلك قولُه إذا كان العبد المعيب سدس قيمة الأعْبُد التي صار في نصيبه أنه يكون بينهما نصفين ويكون شريكاً في رقيق صاحبه نصف سدسها ويرد من الدينار ونصف نصف سدسهما غلط وكلام وقع على غير تحصيل ، لأن الواجب إنما هو أن يرد اليه جميع سدس الدينار ونصف أو يحاصه بذلك في سدس قيمة رقيقه إن كانت قد فاتت وبذلك تستقيم المسألة فيكون قد رد اليه قدر ما رجع به عليه فتدبر ذلك تجده صحيحاً ، ويتبين ذلك بالتنزيل مثال ذلك أن تكون الأرؤس التي بينهما خمس عشرة شاة فيقتسمانها بينهما يأخذ أحدهما سِتّ شياه قيمتها ستة دنانير ويأخذ الآخر تسع شياه قيمتها تسعة دنانير ، ويعطي صاحبه ديناراً ونصفاً نصف ما زاد ما أخذ على ما أخذ شريكه فيعتدلان بذلك فإن وجد الذي أخذ الدينار ونصفاً عيباً بشاة من الست شياه التي أخذ وقيمتها دينار والتسع قائمة بيد شريكه لم تفت رَدَّ على شريكه الشاة المعيبة فكانت بينهما بنصفين ، ورد عليه سدس الدينار ونصف الذي قبض منه ، وكان شريكاً معه في التسع شياه بنصف سُدُسِهَا فكان إذا فعل ذلك قد قبض كل واحد منهما من صاحبه ما ينوب ما دفع إليه مما بيده ، لأن الذي وجد العيب بالشاة أعطى صاحبه أربعة أسداس مثقال ونصف سدس مثقال نصف الشاة بثلاثة أسداس وسدس الدينار ونصف سدس ، وأخذ من صاحبه نصف سدس التسع شياه وقيمة ذلك أربعة أسداس ونصف سدس كما دفع ، لأن قيمتها تسعة مثاقيل فنصف سدسها أربعة أسداس ونصف سدس .

ولو كانت التسع شياه قد فاتت بيد الذي قبضها لوجب إذا رد عليه الشاة المعيبة فكانت بينهما أن يرجع عليه بنصف قيمة التسع شياه ، وذلك أربعة أسداس ونصف سدس بعد أن يدفع إليه سدس الدينار ونصف ، أو يقاصه به فيأخذ منه نصف دينار ، وهذا كله بين والحمد للّه .

وقوله إنه يكون شريكاً في رقيق صاحبه بنصف سدسها إن كان العبد المعيب سدس حظه ، وإن كان وجهه انتقضت القِسْمَةُ هو أحد قوليه في المدونة ، وقوله الثاني فيها إنه في اليسير يرجع بما نابه من حظ صاحبه دنانير وان كان قائماً ، وفي الكثير يكون شريكاً بما نابه ولا تنتقض القسمة ففَرَّق في كِلَي القولين بين الوجهين وقال في كل وجه منها قولين ، فلا اختلاف في أنه لا تنتقض القسمة في اليسير ، ولا في أنه لا يرجع في قدره من الدنانير في الكثير ، وهذا الاختلاف كله في القيام ، ولا اختلاف في أنه يرجع بما ناب المعيب أو المستحق من الدنانير في الفوات وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ حَمَلَ صَبِيّاً عَلَى دَابَّةٍ

قال عيسى : سألت ابنَ القاسم عن الحائط والدار والأرض تكون بين الورثة كيف يقتسمون ذلك ؟ قال ابن القاسم : يقسم على أدناهم سهماً ثم يضرب في الطرفين فأيهم وقع سهمه في أحد الطرفين ضُمَّ له نصيبه إلى حيث وقع سهمه ، ثم يضرب لمن بقي فيما بقي كذلك في أحد الطرفين بعد الذي عزل ، فإذا وقع سهم أحدهم في شق ضم إليه نصيبه إلى حيثُ وقع سهمه حتى يكمل كذلك حتى يكون نصيب كل واحد به مجتمعاً ، ولا يقع حقه مُبَدَّداً وكذا وجه ما فَسَّر لي مالك ووصفَ لي قال ابن القاسم وتفسير يقسم على أدناهم سهماً إن كان أدناهم صاحبَ السدس قسمت الأرض على ستة أجزاء بالقيمة ، فإن كان بعض الأرض أفضلَ من بعض فضلت بالقيمة على قدر تفاضلهما ، فقد يكون الفدان الواحد ثَمَنَ فَدَادِين يُحمل كل سهم بالقيمة على قدر تفاضله حتى يَسْتَوِي في القيمة فتكون قيمة كل سهم واحد وإن كثرت الأرض في بعض تا...

السهام لِرَدَاءَتِهَا وفي بعضها[٣] لارتفاعها في القيمة وكرمها ، فإذا استوت في القيمة كتب أهلُ كُلِّ سَهْمٍ اسمَ سهمهم ثم أسهم في الطرفين جميعاً ، فمن خرج سهمه في طرف ضم إليه ما بقي من حقه إلى حيث خرج سهمه ثم يضرب أيضاً في الطرفين فيصنعوا في ذلك كما صنعوا أوَّلًا أبداً حتى يأتوا على آخرها ، قال عيسى : إذا كانت الكريمة تحمل القسمة ، والدنِية تحمل القسمة الكريمة على حِدَتِهَا والدنيةُ على حدتها .

قال محمد بن رشد : قوله في أن الحائط والدار والأرض تقسم على أدناهم معناه إذا كانت فريضتهم تقسم على أدناهم سهماً مثل أن تهلك امرأة عن زوج وأم وأخت لأم، فإنها تقسم أسداساً ثم يضرب بسهامهم على الطرفين فإن خرج سهم الزوج في أحد الطرفين وسهم الأم في الطرف الآخر أخذ الزوج النصف في الطرف الذي خرج سهمُه فيه، وأخذت الأم الثلث في الطرف الذي خرج سهمها فيه، وكان للأخت السدس الباقي من الوسط حيث بقي وإن خرج سهمُ الأخت في أحد الطرفين وسهم الزوج أو الأم في الطرف الآخر أخذت الأخت السدس في الطرف الذي خرج سهمها فيه وكان للزوج النصف الباقي في الوسط، وإن كان الزوج هو الذي خرج سهمه في الطرف الآخر أخذت فيه، وكان للأم الثلث الباقي في الوسط، وكذلك ما أشبهه على هذا القياس.

وقد قيل إنه إنما يضرب سهامهم على الطرف الواحد أبداً وهو الذي في المدونة ثابت في كل رواية، وأما إن كانت فريضتهم لا تنقسم على أدناهم سهماً فلا بد أن تنقسم على مذهب ابن القاسم على ما تنتهي إليه سهام

(٣) بياض بالأصل ، وعدم ظهور الكلمة في ق ٣ . ولعل الكلمة الساقطة هي : « قُلْتُ » .

فريضتهم التي تنقسم منها وإن كان سهم أقلهم نصيباً ينتهي إلى عشرة أسهم أو أقل أو أكثر مثل أن تهلك امرأة عن زوج وأم وابن وابنة، فإنها تنقسم على ستة وثلاثين سهماً لأن فريضتهم لا تنقسم من أقل منها، يكون للزوج تسعة، وللأم ستة، وللابن أربعة عشر، وللبنت سبعة، ثم يضرب بسهامهم على الطرفين فمن خرج سهمه منهم في طرف ضم إليه فيه بقية حقه إن كان الزوج أخذ فيه تسعة أسهم وهو الربع وإن شئت قلت السدس ونصف السدس، وإن كانت الأم أخذت فيه ستة أسهم وهو السدس، وإن كان الابن أخذ فيه أربعة عشر سهماً وهو السدسان وثلث السدس ، وإن كانت الأخت أخذت فيه سبعة أسهم وهو السدس وسدس السدس ، ويأخذ في الطرف الآخر من خرج سهمه فيه على هذا الترتيب ، ثم يسهم بين الباقيين منهما على ما بقي من السهام ، فمن خرج سهمه منهما في طرف ضم إليه بقية حقه فيه ، وكان للباقي ما بقي وقد قيل إنه لا يسهم إلا على طرف بعد طرف ، فإن تشاحوا على أي الطرفين يسهم عليه أَوَّلاً أسُهم على ذلك ، وهو قوله في المدونة على ما ذكرناه ، هذا مذهبه في القسمة في المدونة وغيرها ، وقد ذكرنا مذهب مالك في ذلك في المدونة في تكلمنا على أول مسألة من سماع ابن القاسم فلا معنى لاعادته .

وقوله: فإن كان بعض الأرض أفضل من بعض فضلت بالقيمة فقد يكون الفدان الواحد تَعَدِّ للفدانين، هو مثل ما في كتاب الوصايا الثاني من المدونة خلافُ ما في كتاب القسمة منها من أن الأرض لا تُقسم قسماً واحداً إلا إذا كانت معتدلة في الطيب والكرم، وقول عيسى في المسألة قول ثالث وقد مضى بيان هذا في أول مسألة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب البراءة

قال وسألت ابن القاسم عن الإخوة يرثون منزلاً عن أبيهم يقتسمونه فيغيب بعضهم ويُقيم بعضهم فيقدم الغائب بعد سنين

فتشتبه عليهم حالهم ويقول الذين عملوا لا نعرف سهامكم هل يعيدون القسمة جميعاً ؟ قال أما الذين عمروا فيحلفون بالله إذا لم يصدقهم أشراكهم أن الذين عمروا سِهَامُهُم ولا شيء عليهم ويعيدون هؤلاء الذين اشتبهت عليهم السهام القسمة فيما اشتبه عليهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنهم قد تقارَرُوا على القسمة فوجب أن يكون من بيده منهم أرض في اعتماره أن يكون القولُ قولَه مع يمينه أنها هي التي صارت له بالقسمة وبالله التوفيق.

مسألة

قلت فلو كان حظ رجل منهم من تلك الأرض بيد أخيه عشرين سنة أو نحوها فمات صاحبُ السهم وطلب ذلك بنوه من بعده من عمهم، أو لم يمت فطلب ذلك هو والمنزل معروف لوالدهم أنه مات عنه، قال : إن ادعى شراءً أو صدقة فذلك له أقام البينة أو لم يُقم، لأن في عشرين سنة ما (يبيد) الشهود وإن كان لا يدعي شراء ولا صدقة وإنما يقول هو في يدي فإن ذلك لا ينتفع به، قال ولو مات الذي كان الحائط في يديه فقال الورثة لا ندري بأي شيء كان في يد صاحبنا فليس عليهم شيء إلاّ أن يأتي الذين يدعونه بأمر يُبَيِّنُ حُقُوقَهُمْ .

قال محمد بن رشد : مساواتُه في هذه المسألة بين الشراء والصدقة خلافُ قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق في تفرقته بينهما في الأجنبيين إذ لا فرق بين المسألتين على القول بأنه لا حيازة بين الأجنبيين في العشرة الأعوام إذا لم يكن هدم ولا بُنيان كالقرابة لأنه جعل في هذه الرواية القولَ قولَ الحائز فيما يبدأ الشهود فيه من المدة إذا ادعى شراء أو صدقة ولم يجعل في رواية عيسى عنه من كتاب الاستحقاق القول قوله في

ذلك إلا في الشراء دون الصدقة والهبة والنزول.

وقوله إن الورثة إذا قالوا لا ندري بما تَصَيَّر ذلك إلى موروثنا الذي ورثناه عنه قُبِل ذلك منهم ونفعتهم الحيازة، وإن لم يدعوا الوجه الذي تَـصَيَّر به ذلك إلى موروثهم في أنهم لا ينتفعون بالحيازة إلا أن يدعوا الوجه الذي صار به إليهم، وقد مضى القول على هذا مستوفى في رسم تسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسئل ابن القاسم عن الرجلين يقتسمان داراً بينهما فيجد أَحَدُهُمَا في حظه جُبّاً باللأولي ولا يجد الآخر شيئاً أيكون له معه في ذلك شيء؟ قال: نعم أرى له معه في ذلك حظاً، وأرى أن يعاوده القسم إذا كان لم يفت، فإن فات ببنيان رأيت له عليه نصف ذلك، وهو بمنزلة بيوت وجدها أسفل بيوت لم يكن علم بها، فليس له أن يأخذها دونه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه المسألة خلافُ نص قول سحنون في آخر جامع البيوع، وما ذهب إليه ابن حبيب وابن دينار وهو أصل قد اختلف فيه قولُ ابن القاسم، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى غاية الإستيفاء في سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية ومن كتاب اللقطة وفي آخر البيوع فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

من سماع يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الذي يوصي بوصايا

وعتاقة فتنفذ الوصايا والعتاقة ثم يطرأ على الوصي دين يحيط بماله، وقد شهد العبيد المعتقون على حقوق وطال زمان ذلك واقتسم الورثة ونما بعض ذلك في أيديهم أو نقص أو استُهْلِكَ، فقال: ترد الوصايا التي أخذها أهلها بحال ما يوجد في أيديهم نامية أو ناقصة وما هلك منها فلا ضمان عليهم إلا أن يستهلكوا شيئاً فيغرمونه أو يكونوا اشتروا شيئاً فحوسبوا به في وصاياهم فيكون لهم نماؤه وعليهم تواؤه[٤] ويردون الثمن الذي حوسبوا به قال: والورثة بهذه المنزلة فيما اقتسموا مما أخذوا على حال الاقتسام، فنماؤه للغرماء ولا ضمان على الورثة فيه إلا أن يستهلكوا شيئاً فيكون عليهم غرمه، وما اشتروا على حال البيع وليس على وجه الاقتسام فنماؤه لهم وضمانه عليهم يغرمون الثمن الذي كان وجب به عليهم، قال: وما اقتسموا من ناض ذهب أو ورق أو طعام أو إدام فإنهم يغرمون ذلك كله، وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من العروض والحيوان والعقار التي تقسم بالقيمة، قلت أرأيت ما اقتسموا من العروض بالقيمة فغابوا عليه ولم يُعْرَفْ هلاكُه إلاَّ بقولهم أيبرؤون من ضمانه؟ أو الطعام أو الإدام أتوجب عليهم ضمانه وتراه كالذهب إذا عرف هلاكه بالبينة؟ كبراءة المرتهن والمستعير وحاله فيما لم يغب عليه كحالهما.

قال محمد بن رشد: الأصل في هذه المسألة قول الله تبارك وتعالى في آية المواريث ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[٥] فنص تعالى على أنه لا ميراث لأحد من الورثة إلا من بعد تأدية الدين والوصية.

واختلف إذا طرأ على التركة دين أو وصية بعدد بعد اقتسام الورثة ما ترك

(٤) كذا في نسخة ق ٣، ولعله: نقصانه.

(٥) الأيتان ١٠ و ١١ من سورة النساء.

الميت من دنانير أو دراهم أو طعام أو عرض أو حيوان أو عقار على خمسة أقوال أحدها أن القسمة تنتقض لحق الله تعالى شاء الورثة أو أبوا، فيكون ما هلك من جميعهم وَما نَمَا لجميعهم، فيخرج الدين أو الوصية من ذلك ويَقْسِمُ الورثةُ ما بقي إن بقي شيء، وهذا قول مالك في رواية أشهب عنه، والثاني أن القسمة تنتقض فيكون ما هلك أو نقصَ أو نما بين جميع الورثة إلاَّ أن يتفق جميعهم على أَلاَّ ينقضوها ويخرجوا الدين أو الوصية من أموالهم فيقروها، فيكون ذلك لهم، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم المنصوص له في المدونة، وقد اضطرب في ذلك قوله، والثالث أن القسمة تنقض أيضاً فيكون ما هلك أو نقص أو نَمَا بين جميعهم إلاَّ أَنَّ لمن شاء من الورثة أن يخرج من ماله ما يَنُوبُه من الدين ويحمل نوبه مما هلك ويبقى حظه في يديه، فيكون ذلك له، وهو قول ابن حبيب في الواضحة، مثال ذلك أن يهلك المُتوفي وله أربع بنين ويترك عروضاً ثمانَ بقرات في التمثل قيمة كل بقرة منها عشرة مثاقيل، فيقسمونها بينهم فيأخذ كل واحد منهم منها بقرتين بقرتين، فتموت بِيَد واحد منهم بقرة من البقرتين اللتين صارتا له في سهمه ويطرأ على المتوفي دين عشرة مثاقيل، فإن الواجب في ذلك على مذهبه أن تنتقض القسمة ويخرج الدين من السبع بقرات الباقية، فإن بيع فيه بقرة واحدة قسمت الستة الباقية بين البنين الأربعة بالسهمة حسبما مضى من الاختلاف في صفة القسمة بها إن لم يتفقوا على قسمتها بالتراضي ، ولمن شاء منهم على مذهبه أن يخرج من ماله ما ينوبه من الدين ، وذلك دِينَارَانِ ونصفُ دينار ، ويحمل نوبه من قيمة البقرة التي مات ، وذلك دينار ونصف دينار أيضاً إن كانت قيمتها عشرة فيؤدي خمسة دنانير، دينارين ونصف دينار لصاحب الدين، ودينارين ونصف لسائر الورثة، ويترك حظه في يديه، ويردون الباقون جميعَ ما بأيديهم إن أبوا إلا نقض القسمة فيقتسمون الخمس بقرات التي في أيديهم مع الدينارين ونصف دينار التي حمل الراضي بالقسمة بينهم على السواء بعد أن يؤدوا بقية الدين وذلك سبعة دنانير ونصف دينار، والقول الرابع أن القسمة لا تنتقض، وهو قول

أشهب وسحنون إلاَّ أنهما اختلفا في فض الدين، فقال سحنون إنه يفض على ما بيد كل واحد منهم يوم الحكم، وقال أشهب في أحد قوليه إنه لا يفض على الأجزاء التي اقتسموا عليها زادت أو نقصت ما كانت قائمة، فلا اختلاف في أنه لما لا يضمن من تلف ما بيده بأمر من السماء لصاحب الدين شيئاً من دينه **والقول الخامس** أن القسمة تنتقض بين من بقي بيده حظه أو شيء منه أو استهلكه أو شيئاً منه ، فأما من تلف جميع حظه بأمر من السماء فلا يرجع صاحب الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بعد تأدية الدين ، وقولُ ابن القاسم في هذه الرواية إذَا لَحِقَ دين يغترق التركة بعد تنفيذ الوصايا والعتق واقتسام الورثة إن الوصايا ترد بنمائها ونقصانها ، وتنقض القسمة ويكون النماء للغرماء والضمان عليهم ، ولا يكون على الورثة ضمان شيء منه إلاّ أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه بَيِنٌ لا كلام فيه على مذهبه إذا كان الدين يغترق التركة بنمائها ، وأما إن كان لا يغترقها فاتفق جميعهم على أن يؤدوا الدين ويمضوا قسمتهم فذلك لهم على مذهبه .

وأما قوله فيما اشتروا من التركة فحوسبوا فيه في ميراثهم أو اشتراه الموصي لهم منها فحوسبوا به في وصاياهم إن لهم النماء وعليهم الضمان ، وليس عليهم إلا الثمن فهو بين صحيح لا اختلاف فيه إذ لا فرق بين أن يشتروه فيحاسبوا به في ميراثهم أو في وصاياهم وبين أن يباع من غيرهم فيدفع اليهم الثمن في ذلك .

وأما قولُه وما اقتسموا من ناض ذهب أو ورق أو طعام أو إدام فإنهم يغرمون ذلك كله وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من الحيوان والعروض والعقار الذي يقسم بالقيمة فالظاهر منه أن الذهب والورق والطعام والإدام يغرمونه إن هلك ولا يوضع عنهم ضمانه وإن قامت بينة على تلفه، بخلاف العروض والحيوان والعقار التي تقسم بالقيمة، وقد بين ذلك إذ جعل الحكمَ فيه حكمَ العارية فيما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مضمونة كالقراض، وكذلك

قال في العارية من المدونة إنها قرض. وهو قول ابن الماجسون في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح خلافُ قوله فيه إنه لا ضمان عليه في العين ولا في كل ما يغاب عليه إذا قامت البينة على تلفه، وخلافُ قول أصبغ في تفرقته بين العين وبين ما سواه مما يغاب عليه.

فيتحصل في العين والطعام والإدام إذا قامت البينة على تلفه ثلاثة أقوال أحدها أنه ضامن وهو قوله في هذه الرواية، والثاني أنه لا ضمان عليه، وهو قوله في سماع أصبغ من كتاب النكاح، والثالث الفرق بين العين والطعام والإدام وما كان في معناه من المكيل والموزون كله، وهو قول أصبغ، وأما إذا لم تقم بينة على تلف ذلك فهو ضامن ولا اختلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضامن إلا أن تقوم البينة على تلفها ولا في الحيوان الذي يغاب عليه أنه يصدق في تلفه وبالله التوفيق.

ومِنْ كِتَابِ الأَقْضِيَةِ

أخبرني مَن أرضي أَنَّ عبد العزيز بن أبي سلمة الماجسون قال إذا اقتسم الورثة الدور والأرضين على سُنَّةِ اقتسامها ثم استحق منها بعض ما في أيديهم أو وُجِدَ ببعض ذلك عيب فإن القسم يُعَادُ بينهم، قال: وإن كانوا اقتسموا على وجه المراضاة وكلهم قد بلغ أن يَحُوز أمره فيما نظر فيه لنفسه ثم استحق بعض ذلك أو وجد معيباً فأَيُّمَا عيب دخل فيه فينظر فيه بما ينظر فيه فيما يوجد معيباً مما يشتري، وذلك أنهم إذا تراضوا فكأنما اشترى بعضهم من بعض إذا اقتسموا على وجه الاقتسام.

قال محمد بن رشد: تفرقةُ عبد العزيز بن أبي سلمة إذا استحق بعض نصيب أحد الأشراك بعد القسمة أو وجد بها عيب بين أن تكون القسمة

على التراضي أو على وجه الحكم بالسهمة يأتي على قياس القول بأن القسمة تمييز حق لا بيع من البيوع،لأنه إذا استحق بعض نصيب أحدهم أو وجد به عيب فليس الذي بقي بيده مع الذي يرجع به في الاستحقاق على حكم الرجوع بالبيع من مشاركة صاحبه فيما في يده أو الدنانير التي يأخذ منه في ذلك هو حقه الذي كان تميز له بالقسمة، لأن الذي تميز له بها أخذه بالقرعة، فإذا لَزِمَ الرجوع على صاحبه بقدر ما استحق من نصيبه شاء أو أبى فقد حصلت القرعة على ما لا يجوز الاقتراع عليه من الصنفين، ألا ترى أنه إذا كان أحد النصيبين أفضلَ من الآخر فجعل بينهما دنانير أنه لا يجوز الاقتراع على ذلك؟ وقولُ ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في إيجاب الرجوع في ذلك على حكم البيع هو على قياس القول بأن القسمة بيع من البيوع ، وأما إذا كانت القسمة على التراضي فلا اختلاف في أن حكمه حكم البيع في جميع الأحكام التي تطرأ على البيوع من الاستحقاق والعيوب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيوع وبالله التوفيق .

مسألة

قال ولا ينبغي أن يقسم شيء من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك فيشتريه من أحب .

قال محمد بن رشد: إنما لم يُجز ابنُ أبي سلمة قسمة شيء من الحيوان والعروض بالقيمة لأنه رأي الإستهام غَرَراً فلم يجزه إلا في قسمة الدور والأرضين لحاجة الناس إلى اقتسامها ليشفع كل واحد منهم إن باعوها واقتسموا الثمن أو يعتاض بحظه منها مسكناً يسكنه وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد من ابن القاسم

قال ابنُ القاسم عن الرجل يكري داره سنة من رجل ثم يهلك

صاحب الدار بعد شهر أو شهرين كيف الأمر في ذلك إذا طلب الورثة قسمة دار أبيهم؟ قال ابن القاسم: الكراء الذي تكارى ليس لهم أن يخرجوه حتى يتم سنة، فإن أحبوا أن يقسموا فذلك لهم، يعرف كل إنسان منهم ما يصير له إذا كان لا يضر بالمتكاري ولا يضيق عليه شيء، وإن أراد ورثته إذا اقتسموا أن يبني كل إنسان منهم ما يصير له إذا كان ذلك لا يضر بالمتكاري كان ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها لأن الكراء بيع من البيوع، فهو عقد لازم يلزم ورثة كل واحد من المتكاريين، فإن أمكنهم القسمة دون أن يضر ذلك بالمتكاري لم يمنع من ذلك مانع، ويقتسمونها إن شاءوا على الصفة، إذ من حق المكتري أن يمنعهم من الدخول فيها لقسمتها، فإن أذن لهم في ذلك لم يكن لهم أن يحجروا على أنصبائهم بالبنيان إلا بإذنه ورضاه، وقوله في الرواية إن ذلك لهم إذا كان ذلك لا يضر بالمتكاري معناه عندي إذا كان قد أذن لهم بالبنيان فلهم أن يبنوا ما لا يضربه وبالله التوفيق تم كتاب القسمة بحمد الله تعالى وصلى الله على محمد.

كتاب الجوائح والمساقاة

مِنْ سَمَاعِ ابنِ القَاسِمِ مِنْ مَالِكٍ مِنْ كِتَابِ الرَّطْبِ بِاليَابِسِ

قال سحنون أخبرني ابن القاسم عن مالك في الرجل يشتري الثمرة فتصيبه الجائحة فيريد أن يوضع عنه ، فيقول رب الحائط أنا أُقيلك ولا أضع عنك ، أو يربحه في بقية الثمر قال الوضيعة له دين قد ثبت له إذ دعاه الى الإقالة أو إلى الربح في بقية الثمر ، لأنه لو خسر أكثر مما أصيب في الجائحة لم يُرَد عليه شيء ، ولو لم ير رب المال أن فيما بقي فضلاً أو وفاءً لم يُقله والوضيعة له ثابتة ولا ينظر في غلاء السعر ورخصه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما ذكر ، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن ما أُجِيحَ من الثمرة إذا بَلَغَ ما يجب وضعه عن المشتري مصيبته من البائع فلا حجة له في ذلك على المشتري بما رضي به من الإقالة ، لأنه إنما رضي بالإقالة لسبب غلاء الثمرة ، ولا حجة للبائع على المشتري في غلاء الثمرة ، لأن الربح له كما أنه لا حجة للمشتري على البائع برخصها ، لأن الخسارة عليه لو خسر على ما وزن لم يكن له بذلك على البائع رجوع ، ولا له أيضاً إن

أجيح الجل أن يرد الباقي ويأخذ جميع ثمنه إذ لا سبب للبائع في الجائحة ، ففارق ذلك حكمَ الإستحقاق والرَّدِّ بالعيب ، ووجب للمشتري الرجوع بقدر الجائحة بحكم ما أوجب الشرع لما بقي على البائع من التوفية في ذلك حسبما بيناه في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك ولا بأس أن يشترط الداخل في المال على صاحب الحائط الغلام أو الدابة إذا كان شيئاً ثابتاً لا يزول ، فإن اغتل[1] الغلام أو هلكت الدابة أخلف مكانها أخرى وإلا كان غرراً لا يَنْبَغِي ، وإنما هذا إذا كان الحائط كثيرَ المؤنة والدابة فيه يسيرة ، قال سحنون مثله ولا يجوز هذا في القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل المال القراض فيشترط العامل على رب المال عون غلامه أو دابته أو يشترط إن مات الغلام أو هلكت الدابة أن على رب المال خلفها أن ذلك مكروه وزيادة يزدادها العامل ، وذلك في المساقاة جائز ولو لم يشترط ضمانها في المساقاة لما جاز .

قال محمد بن رشد : قولُه في اشتراط الداخل على صاحب الحائط الغلام أو الدابة إن ذلك لا بأس به إذا كان شيئاً ثابتاً لا يزول يدل على أن ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف ، وقد روى ذلك عن سحنون نصاً ، وقد قيل إن الحكم يوجب الخلف وإن لم يشترطه ، وهو ظاهر ما في الواضحة ، وما في المدونة محتمل الوجهين ، والذي أقول به على التفسير للروايات جميعاً أنه إن كان عين الغلام أو الدابة في اشتراطه إياهما بإشارة اليهما أو تسمية لهما فلا تجوز المساقاة على ذلك الا بشرط الخلف ، وإن كان لم يعينهما فالحكم يوجب

(١) كذا في نسخة ق ٣ ، ولعل الصواب : اعتل ـ بالعين المهملة ـ .

خلفهما إن لم يشترطه ، وقد اعترض بعض أهل النظر جواز اشتراط الخلف في الدابة والغلام المعينين وذهب إلى أن ذلك لا يجوز ، كما لا يجوز اشتراط خلف الدابة المعينة إذا أكرت ، وليس ذلك بصحيح ، لأن الدابة المعينة إنما لا يجوز اشتراط الخلف فيها إذا نفد الكراء ، لأنه يصير فسخ دين في دين ، وأما إذا لم ينفد فذلك جائز ، والدابة المشترطة على رب الحائط في المساقاة في حكم ما اكترى ولم ينفد كراءه، إذ ليس لها في المساقاة كراء معلوم، لأن العرض فيها مجهول ، فإن لم يشترط الخلف حيث يجب اشتراطه أو اشتراط ألّا خلف حيث يوجب الحكم الخلف رد إلى مساقاة مثله ، لأن المساقاة إذا فسدت باشتراط أحد المساقين على صاحبه من عمل الحائط مما لا تعظم نفقته ويتأبد لرب الحائط منفعته كحفر البير وإنشاء الظفيرة ، وما أشبه ذلك فإنه يرد فيه إلى مساقاة مثله ، كما إذا عقداها على وجه من وجوه الغرر لم يخرجا به من حكم المساقاة مثل أن يساقيه حائطاً على النصف وحائطاً على الثلث أو يُسَاقيه في حائطه سنين وفيه ثمرة قد طابت أو يجمعها مع البيع أو مع الإجارة المنفردة عنها في صفقة واحدة وما أشبه ذلك ، بخلاف إذا اشترط أحدهما على صاحبه زيادة من دنانير أو دراهم أو عروضاً أو عملاً كثيراً يعظم نفقته ويتأبد لرب الحائط منفعته فإن هذا كله وما أشبهه يُرَدُّ فيه إلى إجارة مثله فهذا أصل فيما يرد فيه إلى مساقاة مثله وإلى إجارة مثله يأتي عليه مسائل كثيرة هي مسطورة في الأمهات لابن حبيب وغيره .

وأما القراض فيجوز فيه اشتراط الدابة والغلام على رب المال دون اشتراط الخلف فإن اشترط الخلف لم يجز ، والفرق بين المساقاة والقراض أن المساقاة لها أمد والقراض لاَ أَمَدَ له ، والنفقة في ذلك على العامل في المساقاة وفي القراض وان اشترط ذلك على رب المال في القراض أو على صاحب الحائط في المساقاة لم يجز ورد في ذلك الى مساقاة مثله وإلى قراض مثله وبالله التوفيق .

ومن كتاب سلعة سماها

وسئل مالك عن الرجل يساقي الرجل نخلة فيريد المُسَاقَي أن يساقى غيره إن الناس يختلفون في أمانتهم وَرضِيَ الناسِ بهم ، فإن أتى برجل أمين فذلك له، قيل له: فالمقَارَض يريد أن يقارِضَ بما أُعْطِيَ ويجد في ذلك أهل الثقة والأمانة ؟ قال : ليس هو مثل المساقاة ليس له أن يقارض أحداً إلا برضى صاحبه .

قال محمد بن رشد : فرق بين القراض والمساقاة في أن له أن يساقى رجلًا أميناً وليس له أن يقارض غيره وإن كان أميناً إلَّا برضى صاحب المال أن المال يغاب عليه والحائط لا يغاب عليه ، فمن حق صاحب المال أن يقول أنا لا أرضى أن يغيب هذا على مالي وإن كان أميناً عند الناس ، وفي قوله وإن أتى برجل أمين فذلك له دليل على أن الذي يساقيه على غير الأمانة حتى يثبت أنه أمين ، بخلاف ورثته إذا مات هم محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غير أمناء ، بخلاف القراض هم فيه محمولون على أنهم غير أمناء حتى يثبت أنهم أمناء ، هذا ظاهر ما في المدونة في القراض والمساقاة ، والفرق بينهما ما قَدَّمتُه من أن مال القراض يغاب عليه والحائط في المساقاة لا يغاب عليه ، ولم يذكر في الرواية إن كان دونه في الأمانة أو مثله في غير الأمانة وذلك اختلاف قد ذكرتُه في مسألة رسم ان أمكنتني من سماع عيسى من كتاب الشفعة وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ شَكَّ فِي طَوَافِهِ

وسئل مالك عن الرجل أخذ من رجل نخلًا على أن يأبرها ويصلحها ويسقيها على أنَّ له من كل نخلة عرجونا قنوا ، قال : لا

خير فيه ، ولكن يشترط عليه مُدا في كل نخلة أو إجارة تلزمه ، أو أمراً ثابتاً .

قال محمد بن رشد : سقط من بعض الروايات أو إجارة تلزمه أو أمراً ثابتاً ، واسقاطُه الأوْلَى لأنه أصح في المعنى من أجل أنه لا يجوز أن يشترط عليه مُدا في كل نخلة إلا أن يكون في ذلك إجارة تلزمه في ذمته لا في عين ثمر كل نخلة ، ففي إثباته دليل على إجازة ذلك في عين ثمر كل نخلة ، وإذا سَقَطَ سَقَطَ الدليلُ بسقوطه ، وتأول على ما يجوز من أنه أراد مدا في كل نخلة إجارة لازمة له في ذمته لا في عين ثمر كل نخلة وهذا كله بين والحمد لله .

ومن كتاب ليرفعن أمراً إلى السلطان

قال وسئل مالك عن الرجل يساقي الرجل لسنة أو لسنتين أو ثلاثة فإذا فرغ قال صاحب الحائط لم يدفع إلى تمرة ، قال مالك إن كان قد جذ فلا شيء له .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان قد جذ فلا شيء له معناه إن المساقَى مصدق مع يمينه في دفع حظه إليه من الثمرة لأنها في أمانته لا في ذمته فوجب أن يكون القول قوله كالمودع يدعى صرف الوديعة إلى ربها وذلك منصوص في كتاب ابن المواز قال يحلف العامل كان بقرب الجذاذ أو لبعده ، قال وكذلك لو جذ بعضاً رطباً والباقي ثمراً فقال قبل الجذاذ لم يدفع إلى من الرطب شيئاً ولا من ثمنه كان المساقِي مصدقاً في الرطب على هذا المنصوص عليه في هذه المسألة ، ولا يبعد دخول الإختلاف فيها بالمعنى من مسألة الوكيل على القبض يدعي الدَّفع إلى من وكله، إذ قد قيل إن القول قول الوكيل مع يمينه بكل حال قرب أو بعد، وقيل إن كان قريباً كان القول قول

الموكل مع يمينه أنه ما قبض ، وإن بعد بمثل الشهر أو نحوه كان القول قول الوكيل مع يمينه على الدفع ، وإن بعد الأمر جداً كان القول قوله دون يمين ، وقيل إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه وإن طال صدق دون يمين ، وأما إن مات المساقَى فادعى صاحب الحائط أنه لم يقبض حظه من الثمن فإن كان بقرب الجذاذ كان ذلك في ماله ، وإن بعد الأمر لم يكن ذلك في ماله ، ولا خلاف عندي في هذا الوجه وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق ابن حبيب

وسئل مالك عن رجل اشترى ثمر حوائط في صفقة واحدة فيصاب منها حائط ثَمَرَتُه كلها أو بعضها أترى أن يوضع عنه ؟ قال : إن كان ذلك الحائط أو ما أصيب منه ثلث الثمرة من جميع الحوائط وضع عنه ، وإلا لم يوضع عنه ، وإن كان[٢] الحائط كله وإن كان في صفقات مختلفات وضع عنه من كل حائط ثلث ثمرته لِمَا أصابته الجائحة .

قال محمد بن رشد : أما الحوائط إذا اشتريت في صفقة واحدة فحكمها في الجائحة حكمُ الحائط الواحد إن تلفت الجائحةُ ثلثَ ثمر الجميع وضع عن المبتاع ثلث الثمن كان الذي أجيح بعض حائط أو حائطاً وبعض حائط أو من كل حائط ، هذا إذا كان الثمر من صنف واحد متساوياً في الطيب أو قريباً بعضه من بعض ، واختلف إذا كان بعضه أفضل وأطيب من بعض على ثلاثة أقوال ، **أحدها** أنه لا قيمة في ذلك ، ويكون ثلث الثمر بثلث الثمن ، وهو قول ابن القاسم في رواية أصبغ عنه ، بخلاف ما يُجْنَى بطناً بعد بطن ، **والثاني** أنه إن بلغت الجائحة ثلث الثمن أو أكثر وضع عن المشتري ما ينوب

(٢) بياض بالأصل ، وبنسخة ق ٣ : كلمة غير ظاهرة .

ذلك من الثمن ، وإن أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء ، وإن ناب ذلك من الثمن أكثر من الثلث ، وهو قول أصبغ ، والثالث أنه إن أجيح ما قيمته من ذلك الثلث فصاعداً وُضع عنه وإن كان عشر الثمرة وإن كان قيمة الذي أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه وإن كان تسعة أعشار الثمرة مثل تين وعنب ورمان(٢م) على ثلاثة أقوال أحدها أنه يُفَضُّ الثمن على الأصناف كلها فتعتبر الجائحة في كل صنف على حِدَتِه بما ينوبه من الثمن كما لو اشتراه وَحْدَه ، والثاني أنه إذا بلغ ما أجيح من ذلك ثلث الثمن فأكثر وضع ذلك عن المشتري من غير إعتبار بقدر الجائحة من الثمر ، وهو قول أشهب ، وذهب ابن المواز إلى أنه إذا كان أحدُ الأصناف أقل من الثلث لم يوضع منه شيء وإن أتت الجائحة على جميعه وبالله تعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسئل مالك عن رجل سَاقَى نخلاً فجذَّه إلا نحوا من عشرين نخلة تخلفت أعليه سقيُ الحائط كله ؟ قال : نعم ، قال عيسى في روايته قيل له وإن كانت عدائم ؟ والعدائم التي يتأخر طيبها .

قال محمد بن رشد : العدائم صغار النخل التي يتأخر طيبها ، قاله بعض أهل اللغة ، وقال الخليل : هي صنف من الرطب بالمدينة تأتي في آخر السنة ، وهو الأظهر ، فعلى قوله إن العدائم صنف من أصناف التمر يتأخر طيبه يدخل فيه من الاختلاف ما في الحائط يكون فيه أصناف من الثمار مثل عنب وتين ورمان ويتعجل طيب بعض ذلك قبل بعض ، ويتحصل فيها ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزم المساقَى سقيُ الحائط كله ما بقي من العدائم شيء لم يجذ

(٢م) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ ويظهر من عدم انسجام الكلام أن هنا جملاً سقطت من يد الناسخ .

وإن قل وهو قوله في هذه الرواية ومثله في المختصر لمالك وابن القاسم والثاني أنه لا يجب عليه سقي العدائم وحدها ، كانت الأقل من الحائط أو الأكثر منه ، وهو الذي يأتي على قياس قول مطرف في الحائط يكون فيه أصناف من الثمر إلا أن يشترط عليه سقي الحائط كله حتى يفرغ ما فيه من الثمر فيجوز ذلك ، رواه ابن وهب عن مالك في موطأه **والقول الثالث** أن القليل تَبَعٌ للكثير ، فإن كانت العدائم قليلة في الحائط كان على صاحب الحائط سقيُ جميع حائطه العدائم وغيرها ، فإذا جَذَّ العدائمَ دفع إلى المساقَى حظه منها ، وإن كانت أكثرَ الحائط كان على المساقَى سقيُ جميع الحائط كله كما يكون عليه سقيه كله إذا جدَّ بعضه وبقي بعضه وإن كان ذلك متأصلاً أو متشابهاً فعلى المساقَى أن يسقى العدائم وحدها ، وعلى رب الحائط أن يسقي من حائطه ما سوى العدائم التي قد انقضى السقي فيها بجذاذها ، ولا اختلاف في الصنف الواحد يتعجل جذاذ بعضه قبل بعض والأمر في ذلك متتابع في أنه يلزمه سقي جميع الحائط حتى ينقضي جذاذ جميع ثمره وبالله التوفيق .

مسألـــة

وَسئل عن الرجل يساقي النخل وفيها شيء من الموز الثلث أو دون ذلك ، قال : قال مالك : إني أرى أن يكون خفيفاً ، قال سحنون إن كان الموز مساقى مع النخل جاز ، وإن لم يشترط العامل لم يحل .

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون مفسِّرٌ لقول مالك ، لأن الموز وإن كان لا تجوز مساقاته على انفراد فيجوز إذا كان في حيز التبع للحائط بمنزلة الأرض البيضا لا يجوز كراؤها بالجزء مما يخرج منها ويجوز ذلك مع النخل إذا كانت تبعاً لها ، ولا يجوز أن تلغى للعامل وإن كانت في حيز التبع بخلاف الأرض البيضا ولا أن يكون لرب الحائط لأنه يكون قد ازداد على العامل سقيه .

والفرقُ بين الأرض البيضا والموز إذا كانا في حيز التبع للحائط في جواز إلغائهما للعامل السُّنَّةُ الواردةُ في إلغاء الأرض في المساقاة وإذ قد جاء ذلك في بعض الآثار ، ولذلك قال مالك : فهذا أُحله هو الذي يأتي في هذه المسألة على ما في المدونة ، لأنه لم يُجز فيها لأحد المساقين في الزرع إن كانت فيه نخلات يسيرة أن يشترطها أحدهما على صاحبه ، وقد روى ابن وهب عن مالك أنه لا بأس أن يشترط العامل الزرع الذي في الحائط إذا كان يسيراً لنفسه خاصة ، ومثلُه لمالك في الثاني من التفسير ليحيى عن ابن القاسم ، رواه الحارث عن ابن القاسم عنه ، فعلى هذا يجوز إذا كان الموز يسيراً في الحائط أن يشترطه كل واحد منهما على صاحبه،فيحتمل على هذا أن يكون قولُ سحنون مثلَ ما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، إذ قد اختلف قول مالك في هذا الأصل حسبما بيناه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل ساقى نخلاً له ثم إن الذي ساقى عليها أنفق عشرين ديناراً ثم أراد الخروج فأراد أن يُعْطيَ العشرين الدينار التي أنفـق فيها ويخرج من المساقاة ، قال مالك : لا خير فيه ولكن إن أحب أن يساقيها أحداً على ما شاء النصف أو الثلث فذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ولا اشكال أنه لا يجوز أن يخرج من المساقاة على شيء يعطي لا قبلَ أن يَعمل ولا بعد أن عمل ، لأنه إذا فعل ذلك كان قد باع حظه من الثمر قبل أن يخلق بما عليه من عمل الحائط ومن بقية عمله وبما أُعطي ، فدخله ما نهي عنه من بيع الثمر قبل أن يخلق ، وأما مساقاة غيره على ما شاء النصف أو الثلث فقال في الرواية إن ذلك له يريد إذا كان أميناً مثلَه في الأمانة باتفاق ، وأما إن كان أميناً إلاَّ أنه دونه في الأمانة أو غير مأمون إلا أنه مثله في الأمانة فيتخرج ذلك على ما

ذكرته من الاختلاف في رسم إن أمكنتني في سماع عيسى من الشفعة وفي ذلك تفصيل .

أما إذا ساقاه على مثل الجزء الذي سوقى فذلك جائز بعد أن عمل باتفاق شاء رب الحائط أو أبى ، وأما قبل أن يعمل فيجوز أيضاً شاء رب الحائط أو أبى على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول ولا تجوز إلا برضاه على مذهب من يرى المساقاة لا تلزم بالقول .

وأما إذا ساقاه على أكثر من الجزء الذي سُوقي عليه مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل وإن كان قبل أن يعمل كان له الفضل أيضاً على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول ، ولم يكن له على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول .

وأما إن كان ساقاه على أقل من الجزء الذي سوقى به مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر ، على أن يكون له الثلثان فسواء كان ذلك قبل أن يعمل أو بعد أن عمل رب الحائط أحق بالجزء الذي اشترطه ، ويرجع العامل الثاني على العامل الأول ، قال في كتاب القراض من المدونة : ويتبع المساقَى الآخر المساقى الأول بالسدس الذي بقي له ، فيأخذه ، وهو كلام وقع في المدونة على غير تحصيل ، لأن الواجب إنما هو أن يرجع المساقى الثاني على المساقى الأول بربع قيمة عمله في الحائط ، لأن رب الحائط استحق من نصيبه من التمر الذي استحقه بعمله ربعه ، فوجب أن يرجع بربع قيمة عمله ، إذ قد فات ، كمن استأجر أجيراً بمكيلة من الثمر بعينه فاستحق ربعه منه بعد أن عمل ما استوجر عليه ، ويُخَرَّجُ ذلك على ما في كتاب الشفعة من المدونة في الذي يشتري الشقص بطعام بعينه فيستحق بعد أن أخذ الشفيع بالشفعة أن البيع لا يرد ويغرمه مثل طعامه وأصلحه سحنون أن البيع لا يرد ويغرم له قيمة الشقص ، وإصلاح سحنون

صحيح على أصولهم ، وأصله ما ذكرناه في هذه المسألة وبالله التوفيق .

مسألـة

وقال مالك في رجل ساقى نخلاً فجاء الله بماء السماء فدخل في الحائط فأقام فيه حيناً أترى أن يحاسبه صاحب الحائط بتلك الأيام التي أقام فيها الماء ؟ قالَ مالك : لا أرى أن يحاسبه بشيء .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها عندي ، لأنه إذا عامله على عمل الحائط وسقيه في وقت حاجته إلى السقي دون جهد ولا توقيت على جزء من الثمرة فجاز ذلك على ما جاءت به السُّنَّة في مساقاة النبي عليه السلام أهل خيبر وتخصص بها من الإجارة المجهولة فلا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن اختلفت الثمرة أو زاد العمل على المعهود أو نقص منه ، بخلاف الإجارة لو استأجر رجل بِدَنَانِيرَ أو دراهم على أن يسقى له حائطه زمن السقي وهو زمن معلوم عند أهل المعرفة فجاء الله بماء من السماء فدَخل الحائط فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط فسقط عنه فيه السقي ، وقوله حيناً يريد مدة من الزمن غير موقته، لأن الحين يقع على القليل والكثير من الزمن، وليس ذلك بخلاف لما في **المدونة** لمالك في أن الحين في الأيمان منه(٣) لأن المعنى في ذلك إنما تحمل على السنة إذا لم تكن له نية في أقل منها ولا أكثر ، لقول الله عز وجل ﴿ تُوتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾(٣م) وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل مالك عن رجل ساقى رجلاً عن حائطه فعمل فيه شهراً

---

(٣) كذا بالأصل ، ولعل الصواب : في أن الحين في الأيمان سنة .

(٣م) سورة ابراهيم رقم الآية ٢٥ .

أن الداخل عجز ، قال له صاحب الحائط : أنا أعطيك عشرة دنانير ولا تخرج منه ، قال لا خير فيه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال لأنهُ إذا عجز فلم يقدر على العمل ولا على الاستيجار عليه ولا وجد من يساقيه فيه فقد وجب أن يرجع الحائط إلى ربه ويخسر هو عمله ، فإذا أعطاه عشرة دنانير وذلك ما لا يحل ولا يجوز وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عمن باع ثمراً واشترط البراءة من الجائحة **قال** : لا أرى البراءة تنفعه من الجائحة وأراها لازمة له إذا نزلت الجائحة بالمشتري .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة ، والوجه فيها أن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك ، لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه ، فلما اشترط اسقاطها في عقد البيع لم يسقط ولا أثَّر ذلك عنده في صحته إذا رأى أن الشرط لم يقع له حصة من الثمن من أجل أن الجائحة أمر نادر والسلامة منها أغلب ، فوجب أن يثبت البيع ويسقط الشرط وهو أحد الأقسام في الشروط المقترنة بالبيوع ، وهي أربعة أقسام القسم الثاني ما يفسخ فيه البيع والشرط ، وهو ما كان الشرط فيه يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع ، والقسم الثالث ما يجوز فيه البيع والشرط وهو ما كان الشرط فيه جائزاً لا يؤدي إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع والقسم الرابع ما يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط مُتَمَسِّكاً بشرطه فإن ترك الشرط صح البيع ، وهي بُيُوعُ(٣م) فعلى هذا لا تتعارض الآثار الواردة عن

(٣م) بياض بالأصل ، ولم تتضح الكلمة في نسخة ق ٣ .

النبي عليه السلام في البيع والشرط وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل ساقى حائطاً له فتهور البير ، قال : إن أحب الداخل أن ينفق عليها من ماله ويكون الثمر في يديه رهناً حتى يستوفى فذلك له .

قال محمد بن رشد : لم ير في هذه الرواية على صاحب الحائط أن يصلح البيرّ المساقَى ، وقال إن أحب أن ينفق هو من ماله ويكون الثمرة في يديه رهناً يريد حصةَ صاحب الحائط حتى يستوفي فذلك له فعلى قوله فيها إن لم يف حظ صاحب الحائط من الثمرة بما أنفق العامل في البير لم يكن له عليه بالباقي رجوع ، وذلك على قياس ما في كتاب الرهون من المدونة من أن الراهن إذا أبى أن يصلح البير كان للمرتَهَنِ أن يصلحها ليحيى رهنه ، ولا يرجع بذلك على الراهن ، وتكون نفقته في الرهن مُبَدَّأَةً على الدين ، فإن لم يف الرهن بالنفقة لم يرجع على الراهن بما بقي له من نفقة ، وذلك كله خلاف ما في رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الرهون في الذي يرتهن الثمرة فتهور البير أن إصلاحها على الراهن حتى تتم الثمرة ويتم الرهن لصاحبه يُجْبَرُ على ذلك إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال فتطوع المرتَهن ببنيانها نظر في ذلك ، فإن رأى أن تطوعه خير لرب الأصل من أن يباع منه بعضه لإصلاح البير قيل له : انفق ويكون الأصل لك رهناً ، في الذي تنفقه في البير ويُطْلَبُ الراهن بنفقته كاملة ، لأنها كالسلف عليه ، فيأتي في مسألة المساقاة هذه على قياس رواية يحيى أن يُجْبَر رب الحائط على إصلاح البير ليلا يذهب عمل المساقَى باطلًا إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال سِوَى الحائط بيع منه ما يصلح فيه البير ، فإن تطوع المساقَى بالنفقة في إصلاح حظ صاحب الحائط كان له أن يتبعه ببقيتها لأنها كالسلف عليه ، قال فضل : وقد روى أشهب عن مالك إذا عمل المساقَى فانهدم البير أو تهورت العين إن أحب الداخل أن يعمر

ويكون على مساقاته وإلا ترك المساقاة ولا شيء له من الثمرة ، ولم ينص ما نص ابن وهب وابن القاسم أنه يعمر من نصيب رب الأرض وإن كان لم ينص على ذلك في هذه الرواية كما قال فضل ، فهي إرادته إذ لا يصح أن يكلف ذلك من ماله بوجه، وإنما يفعله عنه على سبيل السلف إن شاء وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن رجل أخذ حائطاً على النصف ثم يدفعه على الثلثين وعلم صاحب الأصل بذلك ، فلما حضرته الثمرة أراد الداخل أن يأخذ الثلثين ، قال مالك ليس ذلك له ولكن يأخذ الأول النصف ، فقال له الداخل أَفَلِي أَنْ أرجع على صاحبي بِمَا بقي ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : قوله وعلم صاحب الأصل بذلك معناه علم فلم ينكر ، فلم ير عليه حجة في سكوته ، وقال أن من حقه أن يأخذ نصف الثمرة ، قال في كتاب محمد : وكذلك لو حضر دفعه اليه على الثلثين ، إذ لعله يقول لم يكن الشيء في يدي فأرضى بتسليمه ، وظننت أنه يعطيه من عنده أو يشتري من نصيبي ، وهذا عندي على القول بأن السكوت ليس كالإذن ، وهو أحد قولي ابن القاسم وأما على القول بأنه كالإذن فيجب أن يكون الثاني أحق بثلثي الثمرة ويرجع رب الحائط على المساقى الأول الذي ساقاه بمثل سدس الثمرة فيستوفى بذلك نصفها . وإذا كان الأول أحق بنصف الثمرة على ما قاله في الرواية في المدونة سواء ، وقد تقدم من قولنا في رسم سَنّ قبل هذا الرسم أنه كلام وقع على غير تحصيل ، لأن الواجب أن يرجع عليه بقدر صاحب الحائط من حظه من الثمرة في قيمة عمله ، لأن الثمرة إجارة له في عمله ، فلما استحق بعضها وجب أن يرجع بذلك الجزء من قيمة عمله ، ويلزم على قياس هذا إذا علم المساقى الثاني أن المساقى الأول على النصف أن تكون مساقاته فاسدة أنه دخل معه على أن يكون له بعمله نصف الثمرة وقيمة ربع عمله ، وذلك ما لا يحل ولا يجوز ، وقد رأيت لبعض أهل

النظر مِمَن حمل قوله على ظاهرة من أنه يرجع عليه بمثل سدس الثمرة أن المساقاة لا تجوز لأنه يصير كأنه ساقاه الحائط على نصف ثمرته وعلى مثل سدس ثمرته يدفعها إليه من حائط آخر فكيف بهذا ؟ وبالله التوفيق .

ومن كتاب كتب عليه ذكر حق

قال مالك : لا ينبغي للمساقي أن يشترط ثمر نخلة واحدة ، ولا مقارض ان يشترط ربح دينار واحد ، ولا ينبغي للمساقي أن يشترط ما على ربيع الماء من النخل ولا بأس أن يشترط الجداول أن يسقيها إذا كانت يسيرة .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال من أنه لا ينبغي أن يشترط رب الحائط على العامل ثمر نخلة من الحائط ، ولا ما على ربيع الماء منه ، لأن المساقاة عقد على حياله مستثنى من الأصول أُجِيزَ لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليه ، إذ لا يمكن الناس على حوائطهم بأيديهم ، ولا بيع الثمر قبل بدو صلاحها فضلاً عن بيعها قبل أن تخلق للإستيجار من ثمنها على ذلك إن لم يكن لهم مال ، فلهذه العلة رخص في المساقاة مع اتباع السنة في مساقاة النبي عليه السلام أهلَ خيبر ، فلا يجوز إلاّ على ما جوزته السنة من أن يساقيه في الحائط بأن يدفعه اليه كما هو ، وبعماله إن كان لَهُ عمال من دواب أو غلمان على ان يكفيه سقيه وعمله بجزء من ثمرته ، غير أن أهل العلم استخفوا اليسير من العمل ، أو من ألَتِهِ من الحديد وشبهه يشترطه من وجب عليه منهما على صاحبه كالدابة والغلام في الحائط الكبير ، فيشترطه العامل على رب الحائط وكنجم العين وسد السرب واصلاح الشيء اليسير وما أشبه ذلك يشترطه رب الحائط على المساقي ، فإن وقعت المساقاة بينهما على أن اشترط أحدهما على صاحبه من العمل ما لم يجوزه أهل العلم ، وفات العمل رد إلى مساقاة

مثله كنحو هذه المسألة في اشتراط رب الحائط تمر النخلات من حائطه على المساقيَ لأنه كأنه ساقاه فيما على النخلات التي استثنى ثمرتها على أن يسقي له النخلات التي استثنى ثمرتها ، فهي زيادة في عمل المساقاة لم يخرجا بها عن سنة المساقاة ، فإن عثر عليها قبل العمل فسخت ، وإن لم يعثر عليها إلا بعد العمل رُدّ إلى مساقاة مثله فيما عدى النخلات التي استثنى رب الحائط ثمرتها ، ويكون له اجرة مثله في سقي تلك النخلات ، وكذلك إذا ساقاه في حائط على ان يكفيه مؤنة حائط آخر حسبما يأتي في رسم سلف من سماع عيسى ، وكذلك إذا ساقاه في الحائط على أن يكون ثمر البرني بينهما وما سواه فلرب الحائط ، قاله ابن حبيب ، ولو ساقاه فيه على أن يكون ثمر البرني بينهما وما سواه فللعامل لوجب على قياس ما قلناه أن يرد في الجميع إذا فات إلى إجارة مثله ، ولم ينص في المدونة على الحكم في ذلك ، إنما وقع وإنما قال إن ذلك لا يجوز إلا أكثر وأما إجازته اشتراط سقي الجداول عليه ان كانت يسيرة فهو من العمل اليسير الذي جوزوا استصاله وبالله التوفيق .

ومن كتاب الشجرة

وسئل عن الرجل يبيع حائطه ويستثني أَوْسُقاً أقل من الثلث فيصاب الحائط بنصف الثمرة فيريد المبتاع أن يضع عنه نصف ما استثنى عليه أترى ذلك ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في كتاب ابن المواز : وقال إن أشهب وابن عبد الحكم رويا عن مالك مثلَه ، وقال إن أُجِيحَ أقلُّ من الثلث أخذ البائع بما سَلِمَ جميع ما استثنى ، وهذا كله صحيح على القول بأن المستثنى بمنزلة المشتري ، لأنه إذا باع حائطه واستثنى منه عشرة أَرَادِب فكأنه في التمثيل على هذا القول قد باع جميع الثمرة وفيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير وبالعشرة الأرادب التي إستثنى ، فإن أُجيح من ثمر الحائط وهو على ما نزلناه

ثلاثون نصفه سقط عن المشتري نصف الثمن ، وهو نصف العشرة دنانير ونصف العشرة الأرادب المستثناة ، لأنها من ثمر الحائط ، وكذلك على هذا القياس أن أجيح الثلثان أو الثلث سقط عن المشتري ثلثا الثمن وهو ثلثا العشرة دنانير وثلثا العشرة أرادب المستثناة أو ثلثه وهو ثلث العشرة دنانير وثلث العشرة الأرادب المستثناة ، وإن أجيح أقل من الثلث لم يسقط عن المشتري شيء من الثمن وهو العشرة الدنانير والعشرة الأرادب ، ولو أجيح الحائط كله لسقط عنه الثمن كله ، العشرة الدنانير والعشرة الأرادب وقد روى ابن وهب عن مالك أنه يأخذ جميع ما استثنى كاملاً أجيح الثلث أو أقل أو أكثر وَلاَ جائحة على البائع حتى يستثني جزءاً شائعاً ، قال ابن عبد الحكم : وهذا كله صحيح أيضاً على القول بأن المستثني مُبَقًّي على ملك البائع لأنه على هذا القول إذا باع من حائطه ما بقي منه بعدما استثنى لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه لم يبعه ، فإن كان ثمن الحائط في التمثيل على هذا ثلاثين فباعه بعشرة دنانير واستثنى منه عشرة أرادب فإنما باع عشرين إردباً بعشرة دنانير ، فإن ذهب من ثمر الحائط بالجائحة عشرة أرادب كانت الجائحة قد أذهبت نصف ما اشترى المشتري ، فوجب أن يسقط عن المشتري نصف العشرة دنانير ويأخذ البائع ما استثناه ، وإن أتت الجائحة على جميع الثمرة حاشى العشرة الأرادب التي استثناها البائع كانت للبائع وسقط عن المشتري جميعُ الثمن ، ولو أجيح الحائط كله كانت المصيبة من ربه فسقط الثمن عن المبتاع ، وهذا كله بين والحمد لله .

وبالقول الأول يقول ابن القاسم وأصبغ فيما ذكر ابن المواز في الواضحة ، قال ومن باع ثمر حائطه وقد يَبِس واستثنى منها كيلاً ما يجوز له ، فأُجيح قدر الثلث أو أكثرُ فلا يوضع عن الثمن ولا من الكيل المستثنى شيء ، كالصبرة ، وهذا كما قال ، لأنه ما بقي للبائع ما استثنى بمصيبته ما استثنى من المبتاع ، ويلزمه أداء جميع الثمن على كلا القولين وأما إن تلف الجميع فعلى القول بأن المستثني مبقي على ملك البائع لا رجوع له على المبتاع ، لأنه

مصيبة ما استثناه منه ، لأنه تلف على ملكه ، وأما على القول بأنه بمنزلة المشتري فيرجع عليه بقدر الأرادب المستثناة من جميع الثمن في قيمة الصبرة ، وبيان ذلك بالتنزيل أن يبيع الرجل صبرة فيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير ، ويستثني منها عشرة أرادب ، فتهلك كلها بعد العقد فإن البائع يقول له مصيبة جميع الثمرة منك ، لأنها بالعقد تدْخل في ضمانك ، وقد بعثها منك بعشرة دنانير وبالعشرة أرادب فأَدِّ إلَيَّ العشرة دنانير ونصف قيمة الصبرة ، لأن نصف الثمن وهو العشرة الأرادب إذ قيمتها عشرة دنانير لم أقبضه ، لأن ضمانه منك ، إذ هو على الكيل فادفع إلي نصف قيمة الصبرة إذ قد استحق من الثمن نصفه ، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

مِنْ سَمَاعِ أَشْهَبَ وَابنِ نافع من مالك من الكتاب الذي أوله القراض

قال سحنون أخبرني أشهب وابن نافع ، قالا : سئل مالك عن رجل يكون له الحائط فيه البَعل أو غيره أيساقيهما جميعاً في سقاء واحد ؟ قال : نعم لا بأس به ، وقلت لمالك لا بأس به ؟ فقال مالك : نعم لا بأس به .

قال محمد بن رشد : مثل ما في المدونة من أنه يجوز مساقاة الحائطين على سقاء واحد وان لم يكونا مستويين خلافُ ما في رسم أن أمكنتني من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب من أنه لا يجوز أن يساقي الحائطان على سقي واحد ، إلّا أن يكونا مستويين ، فاختلف في هذا ولم يختلف في أنه لا يجوز مساقاة الحائطين على جزءين مختلفين كانا متفقين أو مختلفين ولا فرق بينهما في المعنى والقياس إذا اخطار فيها سواء لأنه إذا اختلف الحائطان أو الجزءان فقد حمل أحدهما صاحبه وإنما فرقت بينهما

السنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد والردي فإن وقعت المساقاة في الحائطين المتفقين والمختلفين على جزءين أو في الحائطين على جزء واحد على القول بأن ذلك لا يجوز ففات ذلك بالعمل رد العامل فيه إلى مساقاة مثله وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل البيوع

قال وسألته عن الذي سَاقَى ثلاث سنين أليس ذلك من جَذاذٍ إلى جَذَاذٍ ؟ قال : بلى .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه ، لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجذَّةِ لا بالأهلة ، بخلاف العمالات إنما هي بالأهلة لا بالأجذّة ، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله على الأصل الذي ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه حق بعده وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وسئل عن رب الحائط يقول لرجل تعال أسق أنت وأنا حائطي هذا ولك نصف الثمرة ، قال : لا يصح هدا ، وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن ذلك لا يصلح ، فإن وقع ذلك وفات بالعمل كان العامل فيه أجيراً ، لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يُسلمه إليه وإنما أعطاه أجْراً من الثمرة على أن يعمل معه ، بخلاف إذا اشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط ، هذا قال فيه ابن القاسم

في المدونة وغيرها إنه يُرَدُّ فيه إلى مساقاة مثله ، وقال أشهب يُرَدُّ إلى إجارة مثله ، وقال سحنون يجوز ولا يرد إلى مساقاة مثله ، كما لو اشترط عليه عاملاً يعمل معه إن كان الحائط كبيراً يجوز اشتراط الغلام والدابة وبالله التوفيق .

مسألــة

ولو أعطاه الحائط فقال له اسقه ولك الثمر كله لم يكن بذلك بأس إلّا أن يكون سقي صاحبُ الحائط قبل ذلك بأشهر ، قلت أرأيت الذي يسقي حائطه الشهر أو الشهرين ثم يبدو له أن يساقي حائطه على النصف ؟ فقال : إن كان يتبعه بما سَقَى فلا يصلح ، وإن كان يلغي ما ساقى فلا بأس به .

قال محمد بن رشد : قوله في المسألة الأولى إلا أن يكون سقى صاحبُ الحائطِ قَبْلَ ذلك بأشهر يُبَيِّنُهُ قولُهُ في المسألة الثانية إن كان يتبعه بما سَقَى فلا يصلح ، وإن كان يُلْغي ما سَقَى فلا بأس به ، ومعناه إذا وقع الأمر على هذا على غير قصد إليه ولا اشتراط له ، ولو قال له تعال أساقيك في حائطي بعد أن أسقيه أنا شهراً أو شهرين لم تجز ، فإن وقع رد إلى مساقاة مثله ، وأما إن ساقاه بعد أن سقى أشهراً على أن يتبعه بما سقي فإنه يرد إلى إجارة مثله وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل كان في حائطه مساقاة على النصف فبيع الحائط فأراد الداخل في الحائط أن يخرج منه بشيء يُعْطَاه ، قال : لا يصلح من ذلك شيء يأخذه أو يعمل حتى يتم مساقاته ، أرأيت لو كان صاحب الحائط نفسه ولم يبعه فأراد أن يخرج منه بشيء يعطاه ؟ فقال : لا يصلح هذا إلا أن يخرج منه بغير شَيء ، أو يقيم على مساقاته ، قيل له أرأيت إن كانت مساقاته على النصف فلما بِيعَ

الحائط أراد أن يخرج منه بأن يعطي سدس الثمرة في الجذاذ ؟ فقال : هو بمنزلة صاحب الحائط الأول لو لم يبع ، قال أشهب : وتفسير مكروهة إذا عمل فيه أشهراً ثم أراد أن يخرج منه بسدس الثمرة أن رب الحائط كأنه استأجره تلك الأشهر بسدس ثمر الحائط فصارت المساقاة دُلْسَةً بينهما فصار بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .

وأما إذا لم يعمل في الحائط شيئاً حتى يخرج منه إلى رب الحائط بربح سدس الثمرة فإن ذلك لا بأس به في قول من يقول إن السقاء إذا وجب بينهما لم يقدر واحد منهما على ترك ذلك وإن كان لم يعمل .

قال محمد بن رشد : أما خروجه على المساقاة قبل أن يعمل أو بعد أن عمل لرب الحائط أو للمبتاع له على شيء يُعطاه فلا يجوز باتفاق ، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رُدّ فيما عمل إلى إجارة مثله ، وأما خروجه عن المساقاة بعد أن عمل على جزء منهما فمنع من ذلك في هذه الرواية وقد فسر أشهب مكروهة بما لا مزيد عليه من أن ذلك دلسة فيما بينهما فمكروهه حماية الذرائع والتهمة لهما على إجازة الإجارة الفاسدة بينهما بما أظهراه من المساقتين الصحيحتين فلا حرج عليهما إذا فعلاه لأمر بدا لهما دون دلسة كانت بينهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة كالأول ، فإن وقع رد إلى إجارة مثله على تعليله ، وأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية والأحباس من سماع أصبغ على ما ذكر من وجه جوازه .

وأما خروجه عَنْ المساقاة قبل أن يعمل على جزء مسمى فلا خلاف في جواز ذلك على مذهب مالك الذي يرى المساقاة من العقود اللازمة وعلى(٤)

---

(٤) الواو ساقطة من الأصل .

مذهب من يراها من العقود الجائزة التي لا تلزم لأن الجزء الذي يعطيه على مذهبه هبة من الهبات فقوله إن ذلك لا بأس به في قول من يقول إن السقاء إذا وجب بينهما لزمهما ولم يكن لواحد تركة كلام فيه نظر ، إذ هو جائز على كلا القولين ، فمراده به أنه عقد لا بأس به يلزمهما على مذهب من يرى أن الشقاء يلزمهما بالعقد لأنهما على مذهب من لا يرى السقاء لازماً بالعقد هبة من الهبات إذا علم أن ذلك لا يلزمه ، ولو ظن أن ذلك يلزمه فأعطاه الجزء على الخروج لكان من حقه إذا علم أن ذلك لا يلزمه أن يرجع به عليه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن المساقاة على انكسار صلة الزرنوق وحرف القف يكون في ذلك غرم الدينار والدريهمات على من ترى ذلك ؟ قال : أرى ذلك كله على رب الحائط .

قال محمد بن رشد : الزرنوق الخطارة والقف المعجمة التي يقع فيها الماء ، وقال أبو صالح حرف القف الجلد الذي في القفة الذي يسقي بها الماء والأول أظهر ، وذلك كله من اليسير الذي يجوز لرب الحائط أن يشترطه على المساقاة وبالله التوفيق .

مسألة

ولا بأس بأن يشترط رب الحائط على الداخل الخرص لأنه جزء معلوم ، ولا يجوز أن يشترط ذلك الداخل على رب الحائط ﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ﴾(٥) .

---

(٥) الآية ١٣٧ من سورة آل عمران .

قال محمد بن رشد: الحكم في زكاة تمر المساقاة أن يخرج من جملتها إذا بلغت ما يجب فيه الزكاة أو كان لرب الحائط مال سواه إذا أضافه إليها بلغت ما يجب فيه الزكاة ثم يقتسمان الباقي بينهما بعد إخراج الزكاة على ما اتفقا عليه من الأجزاء في المساقاة، فإن اشترط أحدهما على صاحبه أن يكون جميع الزكاة في حظه جاز ذلك على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، اشترط رب الحائط على العامل أو العامل على رب الحائط لأن ذلك يرجع إلى جزء مسمى فلا غرر فيه من أجل أنه إن اشترط ذلك رب الحائط على العامل وقد كان ساقاه على النصف كان إنما ساقاه على أن يكون للعامل أربعة أجزاء من عشرة ولرب الحائط ستة أجزاء من عشرة يُخْرَجُ من ذلك الجزءُ الواحدُ في الزكاة تبقى[٦] وكذلك أن اشترطه ذلك العامل على رب المال كان إنما ساقاه على أن يكون لرب الحائط أربعة أجزاء من عشرة وللعامل ستة أجزاء يُخْرَج من ذلك الجزءُ الواحد في الزكاة فيبقى له خمسة أجزاء من عشرة، وذلك النصف على ما ساقاه عليه، وقد قيل إنه لا يجوز لأحدهما أخذ أربعة أعشارها إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة أن يشترط الزكاة على صاحبه، وهو الذي في أصل الأسدية من أجل أن الثمرة ربما لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة، فيصير العامل لا يدري عَلَىَ مَا يعمل لأن الثمرة إن لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة أخذ نصفها، وإن بلغت ما يجب فيه الزكاة أخذ أربعة أعشارها إن كان هو الذي اشتُرِطَتْ عليه الزكاة، فهذا بَيِّنٌ في الغرر إن كان هو الذي اشترطت عليه الزكاة، وأما إن كان هو الذي اشترط الزكاة على رب الحائط فلا غرر فيه، لأنه يأخذ النصف على كل حال بلغت الثمرة ما يجب فيه الزكاة أو لم تبلغ، والغرر الذي في جهة رب الحائط من أجل أنه أخذ نصف الثمرة إن لم تبلغ ما تجب فيه الزكاة وأربعة أعشارِها إن بلغت ما تجب فيه الزكاة، لأن العشر الخامس يُخرجه في الزكاة على ما اشترطه عليه العامل لا معتبر به، وهذا إذا

---

(٦) [illegible] بالأصل وفي نسخة ق ٢

قلنا إن الجزء الذي اشترطه كل واحد منهما في الزكاة على صاحبه يرجع إلى الذي اشترطه عليه منهما إن لَمْ يبلغ الثمر ما يجب فيه الزكاة، لأنه يقول له ساقيتك على النصف واشترطت على الزكاة فإذا لم يكن في الحائط زكاة فلا شرط لك علي ، رُد على الجزء الذي اشترطته من نصيبي لتخرجه في الزكاة، إذ لا يجب في الحائط زكاة، وأما على القول بأن الجزء المشترط في الزكاة إذا لم يكن في الحائط زكاة يكون لمشترطه فالغرر إنما يكون في المساقاة إذا اشترط الزكاة فيها العاملُ على رب المال لا إذا اشترطها رب المال على العامل، وعلى هذا قوله في هذه الرواية وإن كان لم يعلل قوله فيها إلا بالإتباع فقال : قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ(٧) ، وأما على القول بأنه بينهما بنصفين لأنهما يتداعيانه أو يلغى ويقتسمان الثمرة اتساعاً فالغرر حاصل كان العامل هو الذي اشترط الزكاة على رب الحائط أو رب الحائط على العامل ، لأنه يأخذ أربعة أجزاء من عشرة إن بلغ الحائط ما تجب فيه الزكاة وكان رب الحائط هو الذي اشترط عليه الزكاة وأربعة أجزاء ونصف جزء من عشرة وأربعة أجزاء من تسعة إن لم يكن في الحائط زكاة ، وخمسة أجزاء من عشرة إن بلغ الحائط ما تجب فيه الزكاة وكان العامل هو الذي اشترط الزكاة على رب الحائط وخمسة أجزاء ونصف جزء من عشرة أو خمسة أجزاء من تسعة إن لم يكن في الحائط زكاة ، فهذا وجه ما في الأسديّةِ من أنه لا يجوز لأحدهما أن يشترط الزكاة على صاحبه ، وروايةُ أشهب هذه عن مالك في أنه يجوز لرب الحائط أن يشترط الزكاة على العامل ولا يجوز للعامل أن يشترطها على رب الحائط حظها في النظر ، والقياسُ هو ما ذكرناه من أن قوله فيها يأتي على قياس القول بأن الجزء المشترط في الزكاة يكون لمشترطه إذا لم يكن في الحائط ما تجب فيه الزكاة ، وفي ذلك أيضاً الإتباع حسبما احتج به فيها من قوله قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ ، والفرق بالعكس وجهه ما بيناه من أن الغرر لا يكون إذا كان العامل هو مشترط

---

(٧) الآية ١٣٧ من سورة آل عمران .

الزكاة على رب الحائط ، وإنما يكون إذا كان رب الحائط هو مشترط الزكاة على العامل ، وذلك على القول بأن الجزء المشترط في الزكاة إذا لم يكن في الحائط زكاة تكون للمشترط عليه ذلك الجزء في الزكاة لا لمشترط .

فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال أحدها جوازُ اشتراط الزكاة من كل واحد منهما على صاحبه، وهو الذي في المدونة، والثاني لا يجوز ذلك من واحد منهما على صاحبه وهو الذي في أصل الأسدية، والثالث رواية أشهب هذه أنه يجوز ذلك لرب الحائط على العامل ولا يجوز للعامل على رب الحائط، وهو الذي يتخرج على ما بيناه من سقوط الغرر في اشتراط العامل الزكاة على رب الحائط على القول بأن الحائط إذا لم يبلغ ما تجب فيه الزكاة يرجع الجزء المشترط في الزكاة على من اشترطه عليه منهما، والقولُ الذي في المدونة أظهر إن كان الحائط كثيراً يعلم أنه يجب في ثمرة الزكاة إلّا أن يخلف عمل جرت به العادة في الغالب أو يأتي عليه جائحة، والذي في أصل الأسدية أظهر إن كان الحائط صغيراً يشبه أن تجب فيه الزكاة وألا تجب من غير جائحة تصيبه ،ولا اختلاف عما جرت به العادة في الحمل ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على الحائط الكبير الذي يُؤمَنُ أن يقصر ثمرة عما تجب فيه الزكاة إلا بما يطرأ عيه من الجوائح، لأن الطوارىء النادرة لا يعتبر بها في إحالة الأحكام عن وجوهها، وما في أصل الأسدية على الحائط الصغير الذي يشبه أن تجب فيه الزكاة وألا تجب فلا يكون ذلك اختلافاً من القول وبالله التوفيق.

ومن سماع سحنون بن سعيد

قال : وقال ابن القاسم الفجل والإسفنارية والورد والياسمين والعصفر وقلب السكر عندي في الجوائح سواء لا يوضع قليل ذلك ولا كثيره حتى يبلغ الثلث،والمساقاة فيه جائزة،وكلُّ ما جاز فيه المساقاة

فالجوائح توضع في ثلث ذلك، ولا توضع في أدنى من ذلك إلا الموزَ فإنه لا توضع فيه المساقاة ولا توضع فيه الجائحة حتى تبلغ الثلث، وأما الزعفران والبقل والريحان والقرط والقصب والكسبر فإن الجوائح في قليله وفي كثيره، ولا تصلح المساقاة، وأما الكمون فإنه تجب فيه المساقاة بمنزلة الزرع، وإنما يراد منه حبه ولا يراد منه شجره، وأما الموز والمقاتي والباذنجان، فهذه ثمار وكل ما كان من الثمار من الفاكهة وغيرها فذلك لا جائحة فيه حتى يصيب الثلث.

وما كان يباع من الفول أخضر والجلبان وما كان من صنف هذه فأصابته جائحة فلا يوضع حتى تبلغ الثلث لأنه يرجع إلى أصله وهو ثمرة ، وهذه الأشياء لا تجوز فيها المساقاة إلّا أن يخاف صاحبها العجز .

قال محمد بن رشد : هذا الأصل الذي أَصّلَهُ ابن القاسم في رواية سحنون هذه عنه على مذهبه فيما عدى الأصول من أن ما جازت فيه المساقاة من ذلك لم توضع الجائحة فيه إلّا أن تبلغ الثلث فصاعداً، وما لم تجز فيه المساقاة من ذلك وضعف الجائحة في قليله وفي كثيره إلّا الموز فإنه لا تجوز فيه المساقاة ولا توضع الجائحة فيه إلّا أن تبلغ الثلث فصاعداً وَجْهُهُ أن المساقاة لا تجوز فيما يحل بيعه لأنها إنما أجيزت للضرورة فيما لا يحل بيعه إن لم يقدر على الاستيجار عليه باعه وانتفع بثمنه، وما لا يحل بيعه لم يقدر على الاستيجار عليه هلك وضاع،وقد نهى رَسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال لأنه سبب للحياة وَعَونٌ على الطاعة،وأن البقول إنما وضعت فيها الجوائح في القليل والكثير لأن المشتري لها لم يدخل مع البائع على تلف شيء منها إذ ليست بثمرة توكل خضراء وهو يقدر على جذها حين ابتياعه لها، إذ لا يجوز ابتياعها إلّا بعد أن ينتفع بها ويُمكِنَ جَذَاذُها ، بخلاف الثمار التي لا يقدر على جذها حين اشترائها حتى يتناهى طيبها فقد دخل مع البائع على أنه لا

بد أن يسقط منها وأكل الطير منها والعامة من الناس وغيرهم، فاستقام على هذا الأصل الذي أصله فيما عدى الأصول وَخَرَجَ الموز عن ذلك لأنه لما كان مما يجوز بيعه وما يأتي من بطونه لأَمَد معلوم من أجل أن ذلك فيه معروفٌ لم تَجُزْ فيه المساقاة، ولما كان ثمره توكل خضراً علم أنه لا بد أن يذهب شيء منها قبل أن تجد لما لربها من عامية الناس وغيرهم، لأن المشتري قد دخل على ذلك مع البائع فوجب أَلَّا توضع الجائحة فيه إلا أن تبلغ الثلث فصاعداً.

ووجه قوله إن المساقاة لا تجوز في هذه الأشياء إلا أن يخاف صاحبها العجزَ هو أن المساقاة إنما جوزت مع ما فيها من الغرر وبيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقبل أن يخلف أيضاً للسنة الواردة عن النبي عليه السلام في مساقاة النبي عليه السلام يهود خيبر في نخلها على سطر ما يخرج منها(٨)، فجازت المساقاة في الأصول وإن لم يعجز صاحبها عن عملها إتباعاً للسنة في موضعها، ولم يَقْوَ عنده ما عدى الأصول من الأشياء التي يجوز بيعها ويحتاج إلى الاستيجار عليها قُوَّتَهَا(٩) في القياس عليها فلم تجز المساقاة فيها إلّا مع العجز عن عملها قياساً على الأصول، وهو قولُ ابن نافع في كتاب ابن سحنون.

وقيل إن المساقاة لا تجوز في شيء من ذلك أصلاً لأن المساقاة في الأصول رخصة فلا يقاس عليها.

وقال ابن المواز أكره المساقاة عليها مع العجز عن عملها، وكان أبو عمر ابن القطان يقول المساقاة جائزة على ما في المدونة في الياسمين والورد والقطن

---

(٨) حديث مساقاة النبي صلى الله عليه وسلم يهود خيبر متفق عليه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع ـ ولمسلم أن رسول الله صلى الله عليه و سلم دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولهم شطرُ تمرها.

(٩) معمول لقوله السابق: ولم يقو.

عَجَزَ عنه صاحبه أو لم يعجز، خلاف المقاثي والزرع، وهو بعيد إذ لا فرق في حقيقة القياس بين القطن والزرع والمقاثي وقصب السكر في جواز المساقاة فيها من غير عجز، لأن أصولها غير ثابتة بخلاف الياسمين والورد الذي أصولها ثابتة فلا ينبغي أن يختلف في أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها، ولو قال قائل أن المساقاة في المقاثي، والقطن وما كان في معناها جائزة وإن لم يعجز صاحبها عن عملها بخلاف الزرع وقصب السكر وما كان في معناهما لكان له وجه، لأن هذه ثمار تجنى من أصولها فأشبهت ثمار الأصول الثابتة، والزرعُ وقصب السكر وما أشبهها لا تجنى من أصولها إلا بقطع الأصول، ففارقت ثمر الأصول في المساقاة في الزرع على مذهب ابن القاسم لا تجوز إلا بثلاثة شروط أحدها أن يعجز صاحبها عن عمله، والثاني أن ينبت وقبل أن يستقل بعد نباته، والثالث ألا يبلغ مبلغاً يحل بيعه. وكذلك قصب السكر بهذه المنزلة تجوز مساقاته بعد أن ينبت قبل أن يحل بيعه إذا عجز عن عمله، واختلف إن كان له خلفة هل يجوز أن يشترطها في المساقاة، والاختلاف في هذا جار على الاختلاف في جواز اشتراطها في البيع.

وكذلك البقل تجوز فيه المساقاة إذا نبت وعجز صاحبه عن عمله قبل أن يحل بيعه، قال ذلك عبد الرحمان بن دينار في المدنية، وقال ابن القاسم فيها لا تجوز المساقاة في البقل وكل شيء يجد ثم يخلف مثل البقل، ولو كان ذلك مثل الزرع الذي لا يكون في السنة إلَّا مرة واحدة لم يكن به بأس، وظاهر قول ابن دينار أن المساقاة في البقل قبل أن يحل بيعه إذا عجز عن عمله جائزة، وإن اشترط خَلَفَه، وظاهر قول ابن القاسم أن ذلك جائز إذا لم يشترط الخلفة فحصل الاختلاف بينهما في جواز اشتراط الخلفة في المساقاة وذلك على الاختلاف في جواز اشتراطها في البيع، ويحتمل أن يقال أن الاختلاف أيضاً في مساقاة البقل وإن لم يشترط خلفته ويكون ذلك جارياً على الاختلاف الذي ذكرناه في الزرع هل تجوز فيه المساقاة إذا نبت قبل أن يستقل أو لا يجوز وإن

نبت حتى يستقل ، لأن البقل إذا استقل فقد حل بيعه ، وما حل بيعه فلا يجوز مساقاته ، وقوله في الفجل أو الإسفنارية إن المساقاة فيهما جائزة معناه قبل أن يحل بيعهما ، إذ لا تجوز المساقاة فيما يحل بيعه .

وأما قوله إن الجائحة لا توضع في قليل ذلك حتى يبلغ الثلث فبعيد، وما في المدونة من أن الجائحة توضع في قليل ذلك وكثيره أصح، لأن بيعه لا يحل حتى يبلغ مبلغ القلع، فَلَهُ حكمُ البقول في وضع الجائحة فيه، قيل إنه يوضع القليل والكثير، وقيل إنه لا يوضع القليل ولا الكثير، وقيل إنه لا يوضع إلاَّ الكثير الثلث فصاعداً وبالله التوفيق.

مسألة

قال وقال سحنون : لا بأس بمساقاة النخل بعد أن يبدو صلاحها.

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون هذا، خلافُ مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة، لأنه نص فيها على أن ذلك لا يجوز لأن فيه منفعة لرب الحائط، والمنفعة التي له في ذلك سقوطُ الجائحة عنه لأن الثمرة إذا أجيحت في المساقاة لم يكن له[١٠] قيام بالجائحة وكان بالخيار بين أن يتمادى على مساقاته أو يخرج عنها، بخلاف الإجارة التي له أن يرجع فيها إذا أجيحت الثمرة بإجارة مثله فيما عمل، وإنما أجاز ذلك سحنون لأنه رآها إجارة أخطأ في تسميتها مساقاة، فأجازها على حكم الإجارة من وجوب الرجوع بحكم الجائحة فيها، ولم يجزها ابن القاسم لأنه راعى تسميتها إياها[١١] مساقاة إذ حكم المساقاة لا يرجع فيها بالجائحة فرآها إجارة فاسدة يجب

(١٠) له أي للمساقي بفتح القاف .
(١١) كذا في نسخة ق ٣ أيضاً .

فسخها مَا لَمْ تَفُتْ بالعمل، فإن فاتت به كان للعاملِ أجرة مثله على حكم الإجارة تنعقد بلفظ المساقاة، ولم يحملها ابنُ القاسم على الإجارة إذْ رآها لا تنعقد بلفظ المساقاة، وكذلك على مذهبه لا تنعقد المساقاة بلفظ الإجارة لو قال له أو اجِرُكَ على سقي حائطي هذا بنصف ثمرته إذا طابت لم يجز، ويأتي على مذهب سحنون أنَّ ذلك يجوز، وتكون مساقاة وينبغي على قول سحنون ألا يجوز ذلك في الزرع لأنه كمن قال أحصده وهذبه ولك نصفه، وهذا لا يجوز عنده، وقول ابن القاسم أظهرُ لأن الإجارة والمساقاة عقدان مفترقا الأحكام، فلا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وأخبرني ابن أشرس عن مالك في الرجل يساقي الرجل الحائط وله بياض تَبَعٌ للنخل فيستثنيه العامل فيصيب النَخْلَ جائحة فيذهب ثمرها وقد زرع العاملُ البياضَ، قال مالك: يكون على العامل كراء البياض، قال سحنون وهي جيدة، والحجة في ذلك إذا لم يعط البياض إلاَّ على السواد، فلما ذهب السواد رجع عليه بكراء البياض.

قال محمد بن رشد: قد بين سحنون رواية ابن أَشْرَس وَوَجْهَهَا واحتج لها بما لا مزيد عليه لمن وقف على معنى ما ذهب إليه، وله في كتاب ابنه أن مالكاً قال وكذلك لو عجز الرجل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله، ورواه علي ابنُ زياد عنه فمعنى ما ذهب إليه سحنون أن العامل لما أجيحت الثمرة أبى أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقاية ولذلك كان لصاحب الحائط أن يرجع عليه بكراء أرضه، ولو تمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه منه لما كان عليه في البياض، كذا يتبين تشبيه مالك لذلك بعجز العامل عن العمل، وبالله التوفيق.

مسألة

قال محمد ابن إبراهيم المدني وعبد الله بن نافع إذا كان لرجل أصل من نخل أو كرم أو غيره من الأصول وفيها الشيء من البياض هو تبع للنخل وكان البياض فيها الشيء من النخل هي تبع للبياض فقال للذي يساقيه النخل أو يستكري منه البياض أساقيك النخل وحدها أو أكريك الأرض وحدها وأحبس نخلي أو بياضي ولك من الماء قدرُ ما تروي به نخلك في السقاء وتروي به زرعك في حين تسقي الزرع ولي فضل مائي نسقي به نخلي أو ما صنعتُ في بياضي ليس عليك فيه سقاء كان ذلك حسناً جائزاً، وإنما يكره من ذلك أن يجمع النخل إلى البياض أو البياض إلى النخل فيشترط ذلك المساقي خاصة ويكون على المساقي سقيه فتكون زيادة يزدادها عليه، فإذا لم يكن كذا فلا بأس به.

قالا وكذلك إذا اشترط الرجل على صاحب الأرض أن البذر عليك كانت زيادة ازدادها فلا يصلح.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة على مذهب مالك، لأنه قالَ في موطإه في المساقي يشترط البياضَ إنه لا يصلح، لأن الداخل يسقيه لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه رب الأرض فهذا يدل من قوله أنه إذا لم يسق المساقَى ما اشترط عليه المساقي من الأرض فهو جائز.

وأما إذا أكرى الرجلُ أرضه وفيها ثمرات يسيرة أو كثيرة فأبقاها لنفسه لم يُدخلها في كرائه فذلك جائز وإن اشترط على المُكترى سقيها، لأن ذلك كله معلوم فلا غرر فيه.

ولم يتكلم على الحكم إذا اشترط رب الحائط الأرض على أن يسقيها

المساقي، والذي يأتي في ذلك على الأصل الذي قد ذكرته في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حق منه وما ذهب إليه ابن حبيب أن يُرَدَّ في ذلك إلى مساقاة مثله في الحائط، ويكون له أجرة مثله في سقيه الأرض لرب الحائط.

وكذلك لم يتكلم إذا اشترط البذر على صاحب الحائط يريد على أن يكون الزرع بينهما، والحكم في ذلك على ما تقدم أن الزرع لرب الحائط الذي له البذر وعليه للعامل أجرة مثله في عمله وسقيه، ويرد في النخل إلى مساقاة مثله قاله ابن حبيب في الواضحة والله الموفق.

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب سلف ديناراً

قال عيسى سألت ابن القاسم عن حائط ساقاه صاحبه سنة على النصف وسنة على الثلث، قال: لا يحل هذا، قيل له فإن كان قد عمل سنة وحانت الثمرة قال يُرد إلى مساقاة مثله، ويكون له أن يعمل السنة الثانية.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله في المدونة أن المساقاة الفاسدة للسنين إذا عمل بعضها فهو فوت في جميعها، ورده في هذه المسألة إلى مساقاة مثله صحيح على الأصل الذي ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حق منه.

مسألة

قيل له فحائط ساقاه صاحبُه رَجُلًا على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ فقال: هذا حرام، قيل له: فقد وقع، قال: يعطي في الذي

اشترط عليه كِفَاية أجرة مثله، ويرد إلى مساقاة مثله في الحائط الآخر.

قيل له فإن قارضه بمائة دينار على أن يُبلغَ له مائة دينار أخرى إلى موضع كذا وكذا؟ فقال: له فيهما جميعاً إجارة مثله يريد إذا فات، ولم يره مثل مسألة المساقاة التي فوقها.

قيل له فإن جاء بربح فأراد صاحب المال أن يسوغه إياه ويتركه له فقال صاحب المال إن الذي يترك من الربح أكثر من إجارة مثله وعلم الآخر كم هو؟ فلا بأس به إن علما به جميعاً وأما أن يتخاطرا فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: مثلَ هذا حكى ابنُ حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته ويُرد في الآخر إلى مساقاة مثله، وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أنه يرد فيهما جميعاً إلى إجارة مثله وهو الأظهر، وأما الذي قارضه بمائة على أن يبلغ له مائة إلى موضع كذا فلا اختلاف أحفظه في أنه يرد إلى إجارة مثله في جميع ذلك، وكذلك لو قارضه بمائتين على أن يكون ربح المائة الواحدة لرب المال وربح المائة الثانية بينهما على أن يعمل بكل مائة على حدة، لَرُدَّ فيهما جميعاً إلى إجارة مثله قولاً واحداً، والقراض في هذا خلاف المساقاة، وأما قوله إنه لا يجوز أن يسلم له ربح المال فيما وجب له من إجارة مثله حتى يعلم أن كان أقل من ذلك أو أكثر، فهو بين لا إشكال فيه لما في ذلك من المخاطرة والغرر إذا جهل قدر ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

قال: وقال ابن القاسم: لا بأس أن يستثني الداخل في الحائط

ما كان فيه من بقر أو غلمان أو دواب، وليس له أن يستثنى على رب الحائط إلاَّ ما وجد فيه من ذلك، وعلى رب الحائط أن يخلف كل ما مات من عبد أو شيء أو ثور مما استثنى الداخل في الحائط مما وجد فيه .

قلت فإن جهل الداخل في الحائط أن يستثني ما فيه من الدواب والرقيق وظن أن ذلك له استثناهم أو لم يستثنهم، فلما تعاقدَا المساقاةَ قال له رب الحائط إنما ساقيتك الحائط وحده بلا دواب ولا رقيق؟ قال يتحالفان ويتفاسخان.

قال محمد بن رشد : قولُه لا بأس أن يستثني الداخل في الحائط ما كان فيه من بقر أو غلمان أو دواب يدل على أنهم لا يكونون له إلاَّ أن يستثنيهم خلافُ ما في المدونة من أن الحكم يُوجِبُهم له وإن لم يستثنيهم إذ لا يجوز لرب الحائط أن يستثنيهم ولا يخلو الأمرُ على هذه الرواية من أن يتفقا أو يختلفا، فإن اتفقا على أن أحدهم استثناهم جاز ما اتفقا عليه من ذلك، وإن اتفقا على أنه لم يستثنهم واحد منهما ولا كانت له نية بَقُوا لرب الحائط، وإن اتفقا على أنه لم يستثنهم واحد منهما إلا أنهما اختلفا فيما نوياه فقال العامل كانت نيتي أن يكونوا لي وهو الذي ظننت وعليه ساقيت بما ساقيت به، وقال رب الحائط كانت نيتي على أن يكونوا لي ولا يدخلوا في المساقاة تحالفاً وتفاسخاً كما قال في الرواية.

وكذلك لو اختلفا فقال العامل استثنيتُهُم وقال رب الحائط بل استثنيتُهُم أنا تحالفاً وتفاسخاً على هذه الرواية، وكذلك لو ادعى أحدُهُمَا أنه استثناهم وكذبه الآخر فيما ادعاه من أنه استثناهم ولم يدع هو أنه استثناهم إلا أنه قال كانت تلك نيتي وعلى ذلك ساقيت لتحالفا وتفاسخا أيضاً، ولو اختلفا على مذهبه في المدونة فادعى كل واحد منهما أنه استثناهم لوجب أن يكون القول قول العامل لأنه مدعى الصحة منهما، وذلك على القول بمراعاة دعوى الإشباه مع القيام،

لأنه إنما كان القول قول مدعي الصحة من أجل أنه أشبه بالدعوى خلافُ ما في سماع أبي زيد من كتاب المغارسة، وقد مضى هنالك من الكلام على تلك المسألة ما فيه بيان لهذه وبالله التوفيق.

مسألة

قال وسألته عن الرجل يساقي الرجل الزيتون على أن يعصره، قال : لا بأس بذلك وعلى ساقي النخل جَذاذه وعلى ساقي الزرع حصاده ودرسه، قيل لسحنون ما منتهى المساقَي في الزيتون؟ قال : جناه ، قيل له فالثمر ؟ قال : جَذَاذه قال بعد ما طاب وحل بيعه أو بعد ما يثمر ؟ قال : ذلك بعد الإثمار ، قيل له فالتين والكرم ؟ قال على المساقي القطاف والتيبيس هو أجل مساقاته ليس يتعوض عنه المساقاة وعلاجها بالجني حتى يتزبب ذلك وييبسه .

[ومعنى ذلك إنما كان التيبس غالباً على أهل البلد لأنه إذا لم يكن غالباً على أهل البلد لم يلزمه إلا أن يشترط عليه إذ هو يلزمه ما هو يفتقر إلى عمله بإمكان القسمة قبله والمراعي في ذلك بالعرف في البلد إن لم يكن في المساقاة عرف وإما لأنه عرف فإياه يعتبر وأن خالف ذلك عرف البلد][(١٢)] .

وقال ابن القاسم في مساقاة الزيتون إنّ عليه عصره إنْ كان عصره غالباً على أهل ذلك البلد.

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا بأس بمساقاة الزيتون على أن يعصره المساقَى دليل على أنه إذا لم يكن شرطاً لم يلزم المساقَى العصر باقتسام الزيتون حباً ومثله في كتاب ابن المواز أن عصر الزيتون في المساقاة

(١٢) ما كتب بين معقوفتين فهو من نسخة ق ٣ ، ساقط من الأصل .

على شرطهما، فإن لم يكن شرط فهو بينهما مثل قول سحنون إن منتهى المساقاة في الزيتون جناه ومعنى ذلك إذا لم يكن العرف في البلد العصر وأما إنْ كان العرف بالبلد في الزيتون العصر فيلزم المساقي العصر إلا أن يشترط ألاَّ يلزمه ذلك يبين ذلك من مذهب ابن القاسم قوله أولاً قوله في المسألة الأخرى ويبينه من مذهب سحنون قوله في التين والكرم إنّ على المساقي القطاف والتيبيس وإنّ العلاج ينقضي عنه بالجني حتى يتزبب ذلك وييبسه لأن معنى ذلك إنما هو إذا كان التيبيس غالباً على أهل البلد، لأنه إذا لم يكن غالباً على أهل البلد لم يلزمه إلا أن يشترطه عليه إذ لا يلزمه ما لا يفتقر إلى عمله بإمكان القسمة قبله والمراعي في ذلك العرف في البلد إذا لم يكن في المساقاة عرف وأما إن عرف فإياه يعتبر وإن خالف ذلك عرف البلد وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع

وقال لرجل سأله عن أرض اكتراها بخمسين ديناراً وفيها شجرتين غلة[١٣] بعد إخراج النفقة مثل كراء الأرض هل يحل ذلك؟ قال لا بأس به لأن بيعه وحده حلال، والكراء بيع من البيوع فلا بأس به.

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأن الكراء والبيع جائز أن يُجْمَع بينهما في صفقة واحدة وبالله التوفيق.

---

(١٣) في الأصل بياض مع عدم اتضاحه في نسخة ق ٣ ، ولعل الصواب : وفيها شجر حمل غلة الجني بعد إخراج الخ . والمقصود : هل يجوز لمن اكترى الأرض وفيها شجر حامل لغلة أن يشتري مع كراء الأرض ما على الشّجر من الغلة ، فيجتمع في ذلك كراء وبيع .

ومن كتاب أن أمكنتني

قال: وقال ابن القاسم: لا بأس أن يُسَاقِيَ الرجلُ الحائطين مساقاة واحدة على النصف أو على الثلث إذا كانا مستويين فإن لم يستويا فلا خير فيه إذا كان لا يأخذ أحدَهما إلا لمكان الآخر.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في أول سماع أشهب فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول إذا باع رجل من رجل نصف ثمر حائطه أو ثلثه فأصيب من الحائط أقل من الثلث بِجَائِحَةٍ كانت المصيبة بينهما على قدر ما لهما فيه ولم يوضع عنه من الثمر شيء، وإن أصيب ثلثه أو نصفه وضع عنه نصف الثمن أو ثلثه، قال: ولا يُوضع عنه من الثمن شيء حتى يكون الذي بلغت الجائحة ثلثَ جميع الثمرة فيكون ثلث ما اشترى المشتري وهو شريك له في المصيبة فيما قل أو كثر.

قال: وقال مالك: وأن تباع نصف سبرته(١٣م) أو ثلثها أو جزء منها فأصابها سَيْلٌ أو شيء ذهب بها أو بعضها فإنهما يَتَحَاصان على قدر حظوظهما فيها، والمصيبةُ منهما جميعاً على الحظوظ، وليس في

(١٣م) كذا بالأصل سبرته وفي صلب نسخة ق٣ نصف تمرته وفي طرتها بالسين أيضاً ولعل الصواب صبرته بالصاد.

هذا جائحة قال أصبغ : وقولُ مالك في الثمار أخبرنيه ابنُ وهب وابن القاسم عن مالك.

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها ولا لبس في شيء من معانيها فلا معنى للقول فيها وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية والحبس

وقال فيمن أخذ حائطاً مساقاة على النصف، ثم سأله صاحب الحائط بعد ما عمل أو قبل أن يعمل أن يرد ذلك عليه فيرد ذلك إليه ويخرج من المساقاة بِرُبُعِ الثمرة إذا طابت إن ذلك لا بأس به، لأنها مساقاة منه إليه مُؤْتَنَفَةٌ، قالا : ولو كانا رجلين أَخَذَا حائطاً مساقاة على أن النصف لهما والنصف لصاحب الحائط، ثم سأل أحدُ الرجلين صاحبَه أن يخرج من الثمرة إن ذلك لا بأس به أيضاً، قال : وكذلك لو كانا شريكين في حائط لهما أصله فسأل أحدهما صَاحِبَه أن يخرج له من الحائط ويسلم إليه جميع الثمرة ولا يعرض فيه جزء من الثمرة إن ذلك لا بأس به ، لأنها مساقاة، ولكن لو سأل أحدُهما صاحبه يسلم إليه الثمرة بدنانير أو دراهم أو عرض أو حيوان أو غير ذلك لم يصلح في شيء من جميع وجوه هذه المسألة كلها الذي[١٤] لأن ذلك بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، ولكن لو كان حائط لرجل أو كانا حائطين لرجلين شريكين وأخذهما رجلان مساقاة أو أخذهما رجل مساقاة فسأله رب الحائط أن يخرجه منه بجزء من حائطه أو سأل أحد الشريكين صاحبه أن يخرجه من أحدهما بجزء من الآخر أو سأل ذلك أحد العاملين منهما بالمساقاة صاحبه أن يخرجه من أحدهما بجزء من

---

(١٤) بياض في الأصل لم يتضح في نسخة ق ٣ .

الأجزاء لم يكن في ذلك كله خير ولم يصلح لأن ذلك بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها من كلي الفريقين جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد تقدم القول فيها وفيما كان من معناها في رسم البيوع من سماع أشهب فلا وجه لإعادة القول فيه وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع

قال وسئل مالك عن المرسين يساقي وقيل له إن له أصولاً تعظم وتطول وتُقِيمُ السنين فإنه يجزء منه الشتاءَ والصيفَ وليس له إبان معلوم، يجزء أشهر معلومة ثم ينقطع، فهذا يحل بيعه يعني في كل حين إذا أثمر أوله الذي يشتري عليه، يشتريه سنة أو سنتين مثل الموز والقصب، قال: وما حل بيعه فلا يحل فيه مساقاة، ولا مساقاة في المرسين.

قال محمد بن رشد: المرسين هو الريحان وقد تقدم في أول سماع سحنون أنه كالبقل لا تجوز فيه المساقاة مثل قوله ها هنا، وقد اختلف في ذلك، فحكى ابن المواز عن ابن وهب إجازة مساقاته، وحكى عن ابن القاسم أن ذلك لا يجوز ثم رجع فأجازه وبَنَى على هذا قال محمد وأَحَبُّ إلي ألّا يجوز لأنه كالموز والقصب إلا أن تكون أشجارها ثابتة وإنما تقطع منها حيطانها النابتة في كل عام، وقولُ ابن المواز ينبغي أن يحمل على التفسير للقولين فنقول إنه إنما أجاز المساقاة فيه قبل أن يحل بيعه، ومنع منها بعد أن يحل بيعه كالبقل الذي يجوز فيه المساقاة إذا نَبَتَ قبل أن يحل بيعه حسبما مضى القول فيه في سماع سحنون، وقولُ ابن القاسم وما حل بيعه فلا تحل مساقاته خلافُ قول سحنون المتقدم في سماعه، وقد مضى القولُ على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ سألت ابن القاسم عن زيتون يكون بالمغرب ساقى فيها صاحبه على أن يحرثه للمساقي ليس عليه علاج غيره ولا سقي، فقال : هذا بعل وكذلك الكروم والنخل من البَعل، فهذا لا بأس به، وهو أمر الناس في مساقاة البعل وعليه مع هذا قطفها وتنقيتها وحراستها، قلت أرأيت إنْ اشترط حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة أو اشترط ذلك المساقي على العامل؟ قال : لا خير فيه، هذه زيادة يزدادها، قلت أرأيت إن كان ذلك قريباً؟ قال مَا يُعجبني إلا أن يكون شيئاً ليس عليه فيه مؤنة، قلت أرأيت إن كان قريب الميل وما أشبهه، وقال ما يعجبني، وقاله أصبغ وقال : إن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه، وسقط الجزءُ الذي بينهما في الشرط.

قال محمد بن رشد : إجازتُه المساقاة في الزيتون البَعل مثل ما في المدونة من إجازة المساقاة في الشجر البَعل والزرع البَعل، وأما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم إلاّ أن يكون شيئاً ليس عليه فيه مؤنة، وكراهيتُه بينةٌ لأنها زيادة ازدادها رب الحائط على العامل إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي في ذلك على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم وفي رسم كتب عليه ذكر حق أن يُرَدَّ إذا فات إلى إجارة مثله إلاّ في المكان القريب فيشبه أن يرد فيه على مذهبه إلى مساقاة مثله استحساناً، وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلاَّ على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر

قال أبو زيد سُئل ابنُ القاسم عن الرجل اشترى أصل حائط قد أبـر ثم اشترى الثمر قبل أن تزهي، قال: فلا جائحة فيها، ولو كان إنما اشترى بعد أن أزهت ففيها جائحة.

قال محمد بن رشد: أما إذا اشترى الثمر قبل أن تزهي(١٤م) بعد أن اشترى الأصل فلا إشكال فيه في أنه لا جائحة فيها كما لو استثناها في ابتياعه الأصل قبل أن تَزْهِي لأنها في حين البيع لا يقع عليها حصة من الثمن، ولا يجوز بيعها منفردة عن الأصول، فأما إذا اشتراها بعد أن اشترى الأصول أو هي قد أزهت فقوله في هذه الرواية إن فيها الجائحة خلافُ مذهبه في المدونة أنه لا جائحة فيها إذا اشتريت مع الأصول صفقة واحدة بعد الطياب، لأنه لا يلزم على هذه الرواية إذا اشتراها مع الأصول صفقة واحدة وهي قد طابت وحل بيعها أن تكون فيها الجائحة بما ينوبها من الثمن إذا قبض عليها وعلى الأصل إذْ لا فرق بين شرائها بعد الطياب في صفقة أخرى أو في صفقة واحدة، لأنه إذا اشتراها مع الأصل في صفقة واحدة فقد وقع لها صحة من الثمن، وهو منصوص عليه لأصبغ في الواضحة، والصحيح ما في المدونة أنه لا جائحة فيها لأنها بالعقد تدخل في ضمانه لكونها في أصولها، فهذه هي العلة في ذلك لأمَا علل به في المدونة من أنها تبع للأصول، فالجواب في المدونة صحيح والتعليل ضعيف وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم الحَبْسُ جائحة.

قال محمد بن رشد: وكذلك السلطان والغاصب الذي لا تأخذه الأحكام هو جائحة على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك لأنه أمر غالب وكذلك السارق عند ابن القاسم جائحة لأنه لا يستطاع الاحتراس منه، وقال ابنُ

(١٤م) يقال زها يزهو زَهْواً وزُهُواً البُسْر تَلَوَّنَ كأزهى وَزَهَّى.

نافع ليس السارق بجائحة، وذهب مطرفٌ وابن الماجشون إلى أنه ليس شيء من ذلك كله جائحةً، لأنه من صنع آدمي ولا اختلاف فيما كان من غير صنع آدمي كالسَّمُومِ يحرق الثمرة والطير الغالب يأكلها والريح يسقطها أن ذلك كله جائحة، والأول أظهر ألا فرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك لما على البائع في الثمرة من حق التوفية، وقد اختلف إذا عَابت الجائحة الثمرة ولم تذهب بها ولا أفسدتها جملة كالغبار يعيبها والريح يسقطها قبل أن يتناهى طيبُها فينقصُها ذلك من قيمتها فقيل وهو المشهور إن ذلك جائحة يُنْظَرُ إلى ما نقص العيبُ منها، فإن كان الثلث فأكثر وضع عن المبتاع، وقيل ليس ذلك بجائحة، وله حكم العيب يكون المبتاع فيه بالخيار بين أن يُمسك ولا شيء له، أو يرد ويرجع بجميع الثمن، وإلى هذا ذهب ابن شعبان وقاله ابن الماجشون في أحد أقواله، فإن ذهب على قولهما من الثمرة ثلثها بجائحة عابت البقية من الثمر ورجع بثلث الثمن لما ذهب من الثمر وكان بالخيار في الباقي بين أن يتمسك به أو يرد ويرجع بجميع الثمن وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن ورق التوت يُباع في شَجَرِهِ ثم يصيبها جائحة أترى أن يوضع عنه الثلث فصاعداً لأنَّ الغرر في أصله؟ قال: بل يوضع عنه ما أصابه من الجائحة من قليل أو كثير، قيل له مثل البقل؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: في الواضحة لابن حبيب خلافُ هذا أن الجائحة في ذلك لا توضع في أقل من الثلث وأنها ليست كالبقول، وقول ابن القاسم أظهرُ بدليل ما ذكرناه من سماع سحنون من المعنى الذي من أجله وضعت في البقول الجائحة في القليل والكثير وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن الماجشون في الذي يتزوج المرأة بثمرة قد بدا صلاحها كلها فأجيحت: إنَّ مصيبتها من الزوج وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة وإنَّما يُحمل النكاحُ بالثمرة إذا أصابتها الجائحةُ مَحْمِلَ البيع، وابنُ

القاسم يقول لا جائحة فيها والمصيبة من المرأة ولا ترجع على الزوج بشيء.

قال محمد بن رشد: قولُ ابن الماجشون هو القياس على أن الصداق ثمن للبضع، وقد قال مالك رحمه الله: أَشْبَهُ شيء بالبيوع النكاحُ فوجب الرجوع فيه بالجائحة، فقولُه إن الثمرة إذا أجيحت كلها رجعت المرأة على الزوج بقيمة الثمرة وهو المشهور في المذهب، ووجهُهُ أن الثمرة لما كانت عوضاً عن البضع وهو مجهول رجعت بقيمتها كما يرجع الزوج على المرأة إذا استحق مِن يده ما خالعت به عن نفسها بقيمته للبضع الذي أخرجه عن يده عوضاً عنه، والقياس في النكاح إذا أجيحت الثمرة كلها أن ترجع المرأة بصداق مثلها لأن العوض عن المرأة هو البضع، وقد فات بالعقد أو الدخول، فوجب أن يرجع بقيمته وهو صداق مثلها دخل أو لم يدخل على القول بأنها تفوت بالعقد، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه في العتبية، وعلى القول بأنها لا تفوت بالعقد إن أجيحت الثمرة قبل البناء انفسخ النكاح، وهذا القول قائم من مسألة وقعت في العشيرة ليحيى، ووجه فواته بالعقد ما يوجبه من الحرمة، فهو بخلاف البيوع، ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم من أن المصيبة في النكاح إذا أجيحت الثمرة من المرأة ولا رجوع لها على الزوج في ذلك، هو أن النكاح طريقه المُكَارَمَةُ بخلاف البيوع التي طريقها المُكَايَسَةُ، وأيضاً فإن الصداق على الحقيقة ليس بعوض عن البضع لأن المباضعة فيما بين الزوجين سواء تستمتع به، وإنما هو نحلة من الله فرضها عز وجل للزوجات على أزواجهن فقال تعالى: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾(١٥) فأشبه الصداقُ على هذا الهبةَ، فوجب ألا يرجع فيه بالجائحة، وبالله التوفيق.

(١٥) الآية ٣ من سورة للنساء.

مسألة

قال: وقال سحنون: ولو أن رجلاً أعطى نخلة أو كرمة أو زيتونة مساقاة على النصف على أن يسقي ويقطف ويجني على أن يحرث ثلاث حرثات فيعمل العامل جميع العمل الذي اشترطه عليه إلا الحرث فإنه حرث حرثتين ولم يحرث الثالثة فإنه ينظر إلى ما عمل فيقوَّم ذلك ثم يُنظر إلى ما ترك مما شرط عليه عمله فيقَوَّم ثم ينظر كم هو مما عمل؟ فإن كان الذي ترك ولم يعمله الثلث من جميع ما شرط عليه من العمل حط العاملُ ثلثَ النصف الذي كان له إن كانت مساقاته على النصف وإن كان إنما ساقاه على الثلث أو الربع فكذلك أيضاً يحط عنه ثلث الثلث أو ثلث الربع، وتفسير ذلك أنه ينظر إلى كل ما عمل العامل فيقومه ثم ينظر إلى قيمة ما ترك أن لو عمله فيقوم فيعرف ما اسم قيمة الذي ترك من قيمة الذي عمل فإن كان ثلثاً حططت من سهمه ثلثه وإن كان ربعاً فكذلك.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الجزء الذي اشترطه العامل في المساقاة من الثمرة عِوَضٌ عن عمله، فإن نقص من العمل الواجب عليه شيئاً وجب أن يحط من جزئه من الثمرة بمقداره وهذا بين والحمد لله.

مسألة

قيل أرأيت لو اشترك رجلان فَأَخْرَجَا الزريعة وأخرج أحدهما الأرضَ والآخر العمل وكراء الأرض مثل قيمة العمل، وعلى أن يحرث الأرض ثلاث حرثات فحرث حرثتين ونصف واحدة؟ فقال ينظر إلى قيمة ما عمل، فإن كان قيمة ذلك عشرين درهماً ثم ينظر إلى قيمة السكة التي ترك فإن كان قيمتها عشرة دراهم نظر إلى قيمة ما ترك وهي العشرة

كم ذلك من الثلثين الدراهم؟ فيوجد الثلث فيرجع رب الأرض على العامل بمثل ثلث كراء نصف هذه الأرض.

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأن العمل عوض عن الأرض فإذا قصر في العمل وجب أن يرجع رُّب الأرض على العامل من كراء أرضه بقدر ما قصر في العمل وبالله التوفيق وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً والحمد لله على ذلك.

كتاب الحبس الأول

من سماع ابن القاسم من مالك
من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال مالك من حبس خادِماً على أهل بيت لم يدخل عليهم أحد من غيرهم وكانت لِلآخِرِ منهم، ومن حبس خادماً على قوم مفترقين فمن مات منهم فنصيبُه للذي حبسه، قال ابن القاسم: قال مالك إن قال لهذا يوم ولهذا يوم رجع نصيب الذي مات إلى الذي حبسه، وإن كان حبسه على قوم ولم يقل لهـذا يوم ولهذا يوم فمن مات فنصيبه على من بقي من أصحابه في الحبس، وقال سحنون هذا أصل جيد فعليه فقس وهي جيدة.

قال محمد بن رشد: أهل البيت هم المنتسبون إلى رجل واحد من رجل أو امرأة انتساباً معروفاً يجب به الميراث، فمن حبس حبساً على أهل بيت رجل وجبَ الحبُس للمنتسبين إلى من ينتسب إلى ذلك الرجل من رجل أو امرأة، وفي دُخول ذلك الرجل فيه اختلافٌ، قيل إنه يدخل فيه بالمعنى إذا كان على مثل حالهم من الفقر أو الغنى، وقيل إنه لا يدخل فيه لأنه إنما حبس على أهل بيته ولم يحبس عليه، والقولان يتخرجان على المعنى الذي ذكرته في رسم البز من سماع

ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات.

ولا يدخل في ذلك أزواجه إذا لم يَكُنَّ من أهل بيته وإن كن ساكنات معه في بيته، والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه لما نزلت هذه الآية ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ ﴾[1] دَعَا علياً وفاطمة وحسناً وحسيناً رضي الله عنهم فقال: اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلِي وروي أيضاً أنه أدخلهم تحت ثوبه ثم جَأَرَ إلى الله عز وجل فقال: يَا رِبِّ هَؤُلَاءِ أَهْلِي وزاد هذا بياناً ما روى عن أم سلمة أنها قالت: نزلت هذه الآية في بيتي ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ ﴾ فقلت يا رسول الله: أَلَسْتُ مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ؟ قال: أنتِ على خير إنك من أزواج النبي (عليه السلام)، وفي البيت عليٌّ وفاطمة والحسن والحسين، إلاَّ أن يعلم أن المحبس أراد بتحبيسه على أهل بيت الرجل السكانَ معه في بيته من أزواجه وغيرهِن بِنَص منه على ذلك أو دليل يدل عليه من عرف بين أو بساط ظاهر.

قال محمد بن رشد: وقولُه في الرواية إن من حبس على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم صحيحٌ لا اختلاف فيه، إذ لا يدخل في الحبس سوى من حبس عليه، وأما قولُه وكانت للآخِرِ منهم يريد مِلْكاً، فوجه ذلك أن مَالِكاً كره في تحبيس الحيوان أن يكون على العقب بخلاف الرباع إلاّ أنه إن وقع أمضاه على ما شرطوا إن أرادَ تغيره إلى ما هو أفضلُ للعبد وأقربُ إلى الله فعل، وقال ابن القاسم: كرهه لأنه ضيق على العبد إن كان المحبس عبداً، وقد قال مالك في رسم البز بعد هذا: من حبس خادماً على أمه وأخته حُبُساً صدقه لا تباع، وهي على الباقية منهما، فماتت أختِه أَلَهُ أن يُبَتِّلَهَا لأمه تبيعها إن شاءت؟ قال: ذلك له إن شاء بعد تفكره فيها وكأنه لم يَرَهَا من ناحية الدور، وفي كتاب ابن المواز وكأنه رَآهُ من البر، وهذا في الحيوان، ولا يجوز في الرباع، قال محمد: وهذا

(١) الآية ٣٣ من سورة الأحزاب.

لأنه حق له إلى ما هو أفضل للعبد وله هو في بِرِّ أمه وأفضل لأمه، فإذا كان أفضلَ للثلاثة فأجيز في الحيوان، قال ابن القاسم ولو حول الحيوان إلى ما ليس بأفضل مما سبلها فيه لم يجز، قاله مالك، بخلاف الدور لأن الأمة تموت وتمرض، فلما رأى الحبس في الحيوان مكروهاً، واستحب للمحبس أن ينقضه ويَرُده إلى ما هو أفضل رأى أن يكون الخادم إذا حبسها على أهل البيت للآخر منهم ملكاً إذْ لم ينص في تحبيسه أنها ترجع بمرجع الأحباس ولا تباع أبداً، إذ لو نص على ذلك لأمضاه على ما أتت به الرواية عنه إذا فات الأمر بموت المحبس، وأشهب يرى الحبس نافذاً على ما شرط في الرقيق والدواب مثل الرباع يلزمه ذلك ويرجع كما ترجع الدور على الأقرب فالأقرب من عصبة المحبس فيسلك بها مسلك الحبس أبداً لا يباع.

وقولُه في الرواية ومن حبس خادماً على قوم مفترقين فمن مات منهم فنصيبه للذي حبسه معناه مُعَيَّنينَ . ومفترقين من أهل أبيات شتى أو مجتمعين من أهل بيت واحد ، وظاهره أن ذلك سواء قسم الخدمة بينهم فقال لهذا يوم ولهذا يوم ، أو سكت عن ذلك لأن الحُكْمَ يُوجِبُه إن سكت عنه ، خلاف ما حكى ابنُ القاسم عن مالك بعد ذلك واختاره سحنون واستحسنه وقال فيه إنه أصل جيد ، والذي حكى عن مالك من تفرقته بين أن يقسم الخدمة بينهم أو يسكت عن ذلك ، وهو نحو ما يأتي في رسم بع ولا نُقْصَانَ عليك من سماع عيسى من تفرقته بين أن يقول في تحبيسه على امرأته وعلى أم ولده بينكما أو عليكما ، وذلك كله خلافُ ما في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب في الذي أوصى في غنم له بأنها حبس على يتيمين ليسا من ورثته لهذا منها قطيع عليه يسميه ، ولهذا منها قطيع عليه وقال : من مات منهما فلا حق له : إن من مات منهما رجع حظه على صاحبه .

فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن من مات منهما أو منهم إن كانوا جماعة رجع حظه على صاحبه أو على أصحابه جملة من غير تفصيل، **والثاني** أن

حظه يرجع إلى المحبس ولا يرجع على صاحبه ولا على أصحابه جملة من غير تفضيل، والثالث الفرق بين أن يقسم الخدمة بينهما أو بينهم فيقول لهذا يوم ولهذا يوم أو يقسم الغنم بينهما أو بينهم لهذا منها قطيع بسهمه ولهذا منها قطيع بسهمه، أو يقول في تحبيسه حبست هذا الشيء بينكما أو بينكم أو يسكت عن ذلك كله، فلا يقسم الخدمة بينهما في الخادم ولا الغنم بينهما ولا يقول في تحبيسه الشيء هو بينكما أو بينكم ويقول هو عليكما أو عليكم، فإن قسم الخدمة بينهما أو الغنم أو قال في التحبيس بينكما ولم يقل عليكما رجع حظ الميت منهما إلى المحبس، وإن لم يقسم الخدمة بينهما ولا الغنم أو قال في التحبيس عليكما ولم يقل بينكما رجع حظ الميت منهما على صاحبه ولم يرجع إلى المحبس.

فإذا انقرضا جميعاً رجعت الخادِم إلى المحبس مالاً من ماله إن كان حياً أو إلى ورثته إن كان ميتاً، وعلى قول مالك الثاني في المدونة ترجع الخادم بعد انقراضهما لأقرب الناس بالمحبس حُبساً ولا ترجع إليه ملكاً مطلقاً على ما قاله ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى من أن الدور والعبيد ترجع بمرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس حبساً يريد على أحد قولي مالك في المدونة.

بخلاف الدنانير والدراهم إنها ترجع بانقراض المحبس عليه إلى المحبس ملكاً لأن الدنانير والدراهم يضمنها المحبس عليه ويُكره تحبيسها، فلا ترجع بمرجع الأحباس، فالدور والعقار يجوز التحبيس فيها ولا يكره، فيلزم وينفذ على سنته ويرجع بمرجع الأحباس في الموضع الذي نصوا فيه على ذلك، وأما الحيوان فقيل إن التحبيس فيها جائز وهو مذهب أشهب وظاهر ما في المدونة، وقيل هو مكروه، وقيل يجوز في الخيل وحدها ويُكره فيما عداها من الدواب والأنعام والعبيد والإماء خاصة لما يرجى لهم من العتق، ويجوز فيما سوى ذلك من الحيوان، وهذا القولُ هو المنصوص عليه لمالك، فعلى القول بجواز الحبس في ذلك ينفذ الحبس فيها على سنته ويرجع بمرجع

الأحباس في الموضع الذي يرجع فيه العقار بمرجع الأحباس ، وعلى القول بالكراهة لا يرجع بِمَرْجِعِ الأحباس ويكون لِآخر العقب ملكاً إن كان الحبس معقباً وهو قول مالك في هذه الرواية : من حبس خادماً على أهل بيت لم يدخل عليهم أحد من غيرهم وكانت للآخر منهم ، وإن لم يكن معقباً وكان على معينين لم ترجع بمرجع الأحباس وإن قال فيه حبساً صدقه لا تُبَاعُ ولا توهب ويرجع إلى المحبس ملكاً بعد انقراض المحبس عليهم ، وهو قول مالك في رسم البز في الذي حبَّس جارية له على أخته وأمه صدقة لا تُباع ولا توهب ولا تورث وأيهما ماتت قبل صاحبتها رجعت على الباقية : إنَّ له أن يبتلها لأمه إذا ماتت أخته إذْ لو لم ترجع إليه بعد انقراض أمه ملكاً لما صح له أن يبتلها لها ، وكذلك العروض والسلاح والزروع[٢] والثياب قيل تحبيسها جائز وقيل مكروه ، فعلى القول بجواز تحبيسها ترجع بمرجع الأحباس في الموضع الذي يرجع فيه العقار بمرجع الأحباس ، وعلى القول بكراهة تحبيسها لا ترجع بمرجع الأحباس وتكون لآخر العقب ملكاً أو ترجع إلى المحبس إن لم يكن الحبس معقباً وكان على معينين ، وهذا الاختلاف كله إنما هو في التحبيس المعقب أو على النفر بأعيانهم ، وأما تحبيس ذلك كله لِيُنْتَفَع بعينه في السبيل أو ليجعل غَلَّةَ مَالَـهُ غَلَّةٌ من ذلك بكراء وغيره موقوفة لإصلاح الطرق أو منافع المساجد أو لتفرق على المساكين أو ما أشبه ذلك ، فلا اختلاف في جوازه ما عدا العبيد والإماء ، فإن ذلك يكره فيهما لما فيه من التضييق عليهما من أجل ما يُرجى لهما من العتق ، فإن وقع وفات نفذ ومضى ، وما لم يفت استحب لمحبسه أن يصرفه إلى ما هو أفضل منه .

وأما الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه فالتحبيس مكروه ، فإن وقع كان لِآخر العقب ملكاً إن كان معقباً ، وإن لم يكن معقباً وكان لمعينين رجع إليه بعد انقراض المحبس عليهم ، والفرقُ بين العقار وبين

---

(٢) في نسخة ق ١ : والدروع ، بدل الزروع .

ما سواه عند من يكره تحبيسه أن ما عدى العقار لم يأت فيه عمل يرده على العقب ، فوجب رجوعه إليه بانقراض المحبس عليهم أو كونه لِآخر العقب ملكاً ومن أجازه قاسه على العقار وبالله التوفيق .

فهذا وجه القول في هذه المسألة ، وقد رأيتُ لابن دحون فيها كلاماً غير محصل ، قال : أجاز مالك في الحيوان خاصة أن يبيع للآخر منهم إن بتله له إذا حبسه على أهل بيت أو على قوم مفترقين مجهولين ، فإن كانوا معلومين رجع نصيب من مات منهم إلى الذي حبس ذلك ، وقيل عنه يرجع إلى أصحابه ، وذلك غير صحيح ، إذ لا فرق بين الحيوان وغيره في أن الآخر منهم له أن يبيع ما حبس عليهم إذا بُتل له وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم وسمعت مالك قال من حبس حبساً صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث على نفر ما عاشوا ، ثم هلك الذين حبس عليهم وانقرضوا قال : يَرْجِعُ إلى عَصَبَةِ المحبس ويدخل معهم النساء في السكنى إن كان سكنى أو في الغلة إن كانت غلة ، قال ابن القاسم : يريد البنات والأخوات والأمهات والجدات والعمات ولا يدخل في ذلك الزوجات ويبدأ بالأقرب فالأقرب في ذلك .

قال محمد بن رشد : قولُه من حبس حبساً صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث على نفر ما عاشوا ثم هلك الذين حبس عليهم وانقرضوا : إن ذلك يرجع بمرجع الأحباس إلى عصبة المحبِّس ، يريد ولا ترجع إلى المحبس ملكاً مطلقاً ، هو نص قول مالك في المدونة ، وحكى ابنُ القاسم عنه فيها أن قوله لَمْ يختلف فيه ، وليس ذلك بصحيح ، قد روى ابنُ عبد الحكم عن مالك في كتابه أنه ترجع إليه ملكاً مطلقاً بعد موت المحبس عليه وإن قال حبساً صدقة إذا كان على معين ، وهو قولُ ابن وهب في رسم الوصايا والأقضية من

سماع أصبغ أنه ترجع إليه ملكاً مطلقاً إذا حبس على معين وإن قال في حبسه لا تُباع ولا توهب لاحتمال قوله لا تُباع ولا توهب حياة المحبَّسِ عليه ، كما يحتمل قوله أيضاً صدقة صدقة الغلة عليه حياته .

وأما قوله ويدخل معهم النساء في السكنى إن كان سكنى أو في الغلة إذا كانت غلة ، ففي ذلك اختلاف يتحصل فيه ثلاثة أقوال **أحدها** أنه يدخل فيه من أهل بيت المحبس من النساء من يرث منهن وهن البنات وبنات الأبناء وإن سَفُلُوا ، والأخوات الشقائق واللواتي لأب ومن لو كان رجلاً منهن وَرِثَ وهن العمات وبناتُ الأخ وبناتُ ابن الأخ وبناتُ العَمّ وبناتُ ابن العم وبنات المولى المعتق ، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في هذه الرواية ، **والقول الثاني** أنه لا يدخل فيه من أهل بيت المحبس من النساء إلا من ترث منهن خاصة ، وهن البنات وبنات الأبناء والأخوات الشقائق واللواتي لأب ، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون ، **والقول الثالث** أنه لا يدخل فيه أحد من النساء وإنما مرجع الحُبُس إلى العصبة من الرجال وهو الذي في سماع اصبغ أراه لابن وهب ، ولا يدخل الأبْعَدُ مع الأقرب من الرجال أو النساء إلاَّ فيما فضل عنه أو عنها ، وإذا كان الرجال والنساء في درجة واحدة فهم فيه شَرَعٌ سواء للذكر منهم مثل حظ الأنثى ، واختلف أيضاً هل تدخل فيه الأمهات والجدات ، فقيل إنهن يدخلن فيه لأنهن من قرابة المحبس ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية ، وقيل إنهن لا يدخلن فيه لأنهن ليس من حرم نسب المحبس ، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه ومذهب عبد الملك بن الماجشون وقيل : تدخل الأم ولا تدخل الجدة ، وهو قول ابن القاسم في رسم نقدها من سماع عيسى بعد هذا على ما تأوله بعضُ أهل النظر في الرواية حسبما نذكره ان شاء الله ، وقيل تدخل الجدة للأب ولا تدخل الجدة للأم ، وهو قول ابن القاسم في الواضحة ، ولا اختلاف في أنه لا يدخل فيه من النساء الأخوات للأم ولا الخالات ولا بنات البنات ولا بنات الأخوات ، ولا يدخل فيه أيضاً الإخوة للأم ولا بنو البنات ولا بنو الأخوات ، وسنذكر في سماع سحنون إن شاء الله

الإختلاف فيمن يرجع اليه الحبس من قرابة المحبس هل يختص بذلك الفقراء منهم دون الاغنياء أو يدخل معهم فيه الأغنياء إذا لم يكن أصلُ الحبس على الفقراء وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال من حبس حُبُساً على آلِ فلان فإنها حبس على آله ما بقي منهم أحد لأبنائهم وأبناء أبنائهم ، وإن سمى قوماً بأعيانهم فإنها ترجع بعدهم إلى أقرب الناس به حبساً على ما وضعه ، قال ابن القاسم : آله وأهلُه سَوَاءٌ ، هُمْ العصبة والأخوات والبنات والعمات ولا أرى ذلك للخالات .

قال محمد بن رشد: قولُ ابن القاسم آلهُ وأهلُه سَوَاءٌ،هُمْ العصبة والأخوات والبنات والعمات ولا أرى ذلك للخالات مفسر لِقول مالك ، فَصَوَابُه في التأليف أن يكون متصلاً به ، وفصل العتبي بينهما بقوله : وإن سمى قوماً بأعيانهم إلى آخر قوله تقصير في التأليف والآل والأهل سواء كما قال ابن القاسم إلاَّ أن الآل إنما يستعمل في الرجل الكبير الذي له العشيرة بالأبناء الرجال والنساء من قبلِ أبيه الذين يُعرف نسبُهم منه وتقوم به الشهادات وتثبت به المواريث فيمن يرثُ منهم .

وقولُه ولا أرى ذلك للخالات ظاهرهُ وإن لم يبق من قرابته من قِبَلِ أبيه أحدٌ فَلا دخول في ذلك لقرابته من قبل أُمه ، وهو قول أبي زيد بن أبي الغمر إن الرجل إذا أوصى لقرابته أو لأهله إنه لا يدخل في ذلك أحد من قبل أُمه خال ولا خالة وإن لم يبق من قرابته أحدٌ سواهم .

وأما إذا لم يكن له حين أوصى أو حين حبس قرابة من قبل أبيه فيكون الحبس أو الوصية لقرابته من قبل أُمه على ما قاله مالك في رسم أسلم من

سماع عيسى من كتاب الوصايا في الذي أوصى لقرابته إن الوصية تكون لقرابته من قبل أبيه إلَّا ألا يكونَ له قرابة من قبل أبيه فيكون لقرابته من قبل أمه ، والنساء والرجال فيه شَرَعُ سواء ، واستحب أشهب في الرسم المذكور أن تدخل في ذلك قرابتُه من قبل الرجال والنساء لأبيه وأمه ، وفي هذا خارج المذهب اختلافٌ كثير قد ذكره الصحاوي ورجح منه ما حكيناه على المذهب من أن الوصية والحبس يكونان لمن جمعه والمُوصي لأهله أو المحبِّس على أهله أب واحد في الجاهلية أو الاسلام ببينة تقوم على ذلك .

وقوله في الرواية وإن سمى قوماً بأعيانهم فإنها ترجع بعدهم إلى أقرب الناس به حبساً على ما وضعه ، هو مثل أحد قولي مالك في المدونة ، والقولُ الثاني أنها ترجع إليه ملكاً مطلقاً أو إلى ورثته يوم مات إن كان مات قبل أن ينقرض المحبَّس عليهم بأعيانهم .

وذهب محمد بن المواز إلى أنه إذا حبس على معين وقال حياته أو أجل أجلًا خرجت المسألة من الاختلاف ، واعترض ذلك أبو اسحاق التونسي وقال : لا فرق بين أن يقول حياتَه أو يسكت عن ذلك ، لأن ذلك مفهوم من إرادته وإن سكت عنه ، ألا تَرى أنه لو حبس على غير معينين وقال حياتهم لم يكن لذكر ذلك تأثيرٌ ولَوَجب أن يرجع الحبس بعد انقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً ، وهذا الذي قاله هو مذهب أصبغ ، وأما مذهب مطرف فعنده أنه إذا عقَّب الحبس وقال مع ذلك ما عاشوا أنها حبس عليه وعلى عقبه ما عاشوا ، فإذا انقرض عقبه رجعت إلى صاحبها إن كان حياً يبيع ويصنع ما شاء ، وإلى ورثته من بعده ، وعندي أنه لا فرق بين الموضعين فإذا قال ما عاشوا في المعينين أو في الحبس المعقب رجعت إلى المحبس ملكاً عند ابن المواز ومطرف ، وإذا سكت عن ذلك رجع الحبس المعقب إلى أقرب الناس بالمحبِّس ، وكذلك غير المعقب على أحد قولي مالك على مذهب أصبغ لا فرق بين أن يقولوا ما عاشوا أو يسكت عن ذلك في المسألتين جميعاً يرجع

الحبس المعقب إلى أقرب الناس بالمحبس ، وغيرُ المعقب يجري على اختلاف قول مالك بين هذا ، ويدل على صحته ما وقع في رسم يسلف بعد هذا من أنه إذا حبس على أجنبي حياته يرجع الحبس بموت المحبس عليه إلى أقرب الناس بالمحبس يوم يرجع .

فيتحصل في الحبس على المعينين ثلاثة أقوال قولان وتفرقةٌ بين أن يقول حياتَهم وبين أن يسكت عن ذلك ، وفي الحبس المعقب قولان إذا قال حياتهم ، ولا اختلاف إذا لم يقل حياتهم أنه يرجع بمرجع الأحباس ، وأما إذا ضرب أَجَلاً فلا اختلاف عندي في أنها ترجع إليه أو إلى ورثته بعد الأجل ملكاً مطلقاً ، وقد ذهب أبو اسحاق التونسي إلى أنه لا فرق بين أن يقول حياتَه أو يضرب أجلاً ، والفرق بينهما عندي بين ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك من حبس داراً في سبيل الله أو سلاحاً أو دابة فانفذ ذلك في تلك الوجوه زماناً ثم أراد أن ينتفع به مع الناس ، قال : إن كان ذلك من حاجة فلا أرى بذلك بأساً .

قال محمد بن رشد : قوله ثم أراد أن ينتفع به مع الناس معناه ينتفع به فيما سَبَّله فيه من السبيل ، لا فيما سِوى ذلك من منافعه ، فلهذا لم يَرَ بذلك بأساً إذا فعل ذلك من حاجة ، لأن الإختيار فيما جُعِلَ في السبيل ألا يُعطي فيه إلَّا لأهل الحاجة اليه ، فإذا احتاج اليه في السبيل فاستعمله فيه لم يكن ذلك رجوعاً منه فيما حبسه ولا عوداً منه في صدقته ، والله أعلم .

مسألــة

قال مالك ومن حبس على أحد حبساً وقال هي لك حياتي ثم هي في سبيل الله أو صدقة فإذا مات فهي في ثلثه .

قال محمد بن رشد :قد روى عن أشهب في هذا الأصل خلافُ هذا أنه يرى أن ذلك عنده من رأس المالِ ، لأنه لاَ يَرْجِع إليه ولا لورثته من بعده شيء منه أبداً ، قاله ابن المواز ، وقال ابن عبد الحكم عن أشهب وابن القاسم مثلَ قول مالك ، وقال ابنُ لبابة إنما يكون من الثلث إن مات المحبَّس عليه قبل المحبس ، وإما إن مات المحبس قبل موت المحبس عليه فهي من رأس المال لأنه قد بتلها في صحته فإنما ترجع إلى المتصدق عليه أو إلى السبيل من ملك المحبس عليه لا من ملكه ، وجه قول مالك : إن ذلك يكون بعد موته من ثلثه صدقة على فلان أو في سبيل الله هو أن ذلك لم يبتل بَعْدُ للمتصدق عليه ولا في السبيل ، وإن المحبس عليه إنما يستغله أو يسكنه طول حياة المحبس على ملكه ، فإذا مات نفذ من ثلثه في الصدقة أو السبيل ، فلو تَدَايَنَ على قياس هذا القول لَوجب أن يُباع في دينه ، ووجه القول بأن ذلك يكون من رأس المال هو أن الحبس لما كان لا رجوع له إلى المحبس ولا إلى ورثته على حال من الأحوال كان كأنه قد انْبَتَّ منه وحصل ملكاً للمتصدق عـليه أو مبتولاً للسبيل ، والمحبَّسُ عليه إنما يستغله أو يسكنه على ملك من إليه المرجع .

وعلى هذا الأصل اختلف قولُ مالك في الرجل يُخْدِمُ عبدَه رجلاً سنين ومرجعه لآخر فيُقتَل العبدُ أو يجْرَحُ أو يموت وله مال ، هل يكون عقله إن قتل وأرش جرحه إن جرح أو ماله إن مات لسيده الذي أخدمه أو للذي له المرجع ، وقع اختلاف قولُ مالك في هذا في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الجنايات ، واختلف قولُ ابن القاسم في ذلك أيضاً فأشار في رسم العتق من الكتاب المذكور أن ذلك لسيده الأول، وله مثلُ ذلك في رسم القضاء العاشر من سماع أصبغ من كتاب الخدمة، وخلافُه مثلُ قول مالك الآخر في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الخدمة أيضاً، وعلى هذا الأصل اختلف أيضاً في الرجل يُخْدِمُ عبده رجلاً سنة ثم هو له بعد السنة هل يباع قبل تمام السنة في دينه أم لا ؟ فقال في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الخدمة إنه لا يباع في دينه حتى تنقضي السنة وتجب له ، وخالف في ذلك ابن حبيب فقال إنه

يباع في دينه ولا ينتظر به إنقضاء الخدمة ، وحكاه عن مطرف وقال هذا ما لا شك فيه عندنا ولا اختلاف ، فلكلي القولين في مسألتنا وجه من النظر ، والأظهر منها ما قاله مالك من أنه يكون من الثلث ولو لم يجز الحبس عن المحبس حتى مات وهو بيده لكان من ثلثه في السبيل أو الصدقة قولاً واحداً على ما قاله في رسم الوصايا من سماع أصبغ ، وأما قول ابن لبابة في تفرقته بين أن يموت المحبس عليه قبل المحبس أو بعده فتفرقةٌ لا وَجْهَ لها في النظر ، لأن المحبس عليه ان مات قبل المحبس لا يرجع الحبس اليه ، وإنما يكون لورثة المحبس عليه إلى أن يموت المحبس ، فلا فرق بين أن يموت قبله أو بعده في كونه من رأس المال أو من الثلث وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك من أوصى بوصية لبعض ورثته دون بعض ثم جعلها من بعدهم لغيرهم فهي على سائر الورثة الزوجة والأم ومن لم يوص له بشيء يدخلون معهم فيأخذون قدرَ ما يصيبهم من الميراث ، فإذا هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم صار نصيبه لولده وخرج نصيب الأم والزوجة والأخت من ذلك وثبت في غيره في حظوظ أعيان الولد حتى ينقرض آخرهم ، فإذا انقرض أعيان الولد الذين أوصى لهم سقط نصيب الزوجة والأم ، فإن هلكت الزوجةُ والأم دخل من يرثهما مكانَهما في الميراث مع الولد ، فإذا هلك الولد ورثه ولده وانقطع ميراث الأم والزوجة وميراث من ورثهم إن كانوا قد هلكوا .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنه أوصى لبعض ورثته دون بعض بحُبُسٍ تجري عليهم غلته بدليل قوله ثم جعلها من بعدهم لغيرهم ، إذ لو أوصى لبعض ورثته دون بعض بوصية قال لم يصح أنْ يكون

لغيرهم من بعدهم ، ولوجب إن لم يُجِزْ ذلك سائرُ الورثة أن يبطل ويرجع ميراثاً بين جميعهم ، ولم يكن في ذلك كلام ولا اشكال .

وتنزيلُ المسألة على المعنى الذي أراده أن يكون الموصي قد ترك من الورثة أربعة بنين وابنة وزوجة وأُمّاً وأوصى أن يحبس على الذكران من أَوْلَادِهِ ثم على أولادهم من بعدهم حُبُساً له غلة يكون موقوفاً عليهم ، فلم يجز ذلك سائر الورثة الذين لم يوص لهم ، وهم الزوجة والأم والأخت أنهم يدخلون مع الموصي لهم في غلة الحبس فيقتسمونها بينهم على سبيل الميراث ، وذلك الذي أراد بقوله ، فهي على سائر الورثة الزوجة والأم ومن لم يوص له بشيء يدخلون معهم ، فيأخذون قدر ما يصيبهم من الميراث .

وقوله بعد ذلك فإذا هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم صار نصيبُه لولده وخرج نصيب الأم والأخت والزوجة من ذلك ، يريد صار نصيبه كاملاً لولده دون أن تأخذ منه الأم والأخت والزوجة شيئاً وهو الربع ، لأن المحبَّس عليهم أربعةٌ فإذا توفي أحدهم صار الربع كاملاً لولده لأنهم غير ورثة فلا تدخل عليهم فيه الزوجة ولا الأم ولا الأخت .

وقولُه وثبت في غيره من حظوظ أعيان الولد حتى ينقرضوا يريد أن الثلاثة الأرباع يدخل فيها مع الإخوة الثلاثة الباقين لأنهم ورثة الأم والزوجة والأخت ، فيكون ذلك بينهم على فرائض الله .

وقوله حتى ينقرض آخرهم يريد أن يُعمل في موت من مات منهم بعد الأول ما عُمِل في موت الأول من أن يكون الربعُ الثاني لولده لأنهم غير ورثة فلا تدخل عليهم فيه الزوجة ولا الأم ولا الأخت ، وكذا إذا مات الثالث وكذلك إذا مات الرابع وهو آخرهم يصير الربعُ لولده كاملاً لأنهم غير ورثة ويسقط نصيبُ الزوجة والأم يريد والأخت جملة فلا يكون لهن شيء .

وقوله فإن هلكت الزوجة والأم يريد أو الأخت دخل من يرثهما مكانهما في الميراث مع الولد يريد معهم كلهم في جميع الغلة أو مع من بقي منهم في

حظه منها وهو الربع لأنهم أربعة على التنزيل الذي لنا عليه المسألة ، فإذا انقرضوا كلهم رجع الحبس إلى أولادهم لأنهم غير ورثة ولم يكن لمن لم يوص له من الورثة في ذلك حجة ولا كلام، لأن الحبس قد صار إلى غير ورثة ، فهذا بيان هذه المسألة وفيها معنى ينبغي أن يوقف عليه وهو قوله فيها فإن هلك رجل من الورثة الذين أوصى لهم صار نصيبه لولده وهو قد حبس عليهم ثم على أولادهم من بعدهم إذ لا يقتضي قوله : ثم على أولادهم من بعدهم ألاَّ يدخل ولو من مات منهم في الحبس حتى يموتوا كلهم ، لأن قوله ثم على أولادهم من بعدهم يحتمل أن يريد به ثم على أعقابهم من بعد انقراض جميعهم ، وأن يريد به ثم على أعقاب من انقرض منهم إلى أن ينقرض منهم الى أن ينقرض جميعهم لاحتمال اللفظ للوجهين جميعاً احتمالاً واحداً ، وكذلك كل ما كان على صيغته من الألفاظ عَطْفَ جمع على جمْع بحرف ثُمَّ يجوز أن يعبر به عن كل واحد من الوجهين ، وذلك بين من قوله تعالى : ﴿ كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنْتُمْ أَمْوَاتاً فَأَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يُحْيِيكُمْ ﴾(٣) لأنه قد علم أنه أراد بقوله عز وجل فأحياكم ثم يميتكم أنه أمات كل واحد منهم بعد أن أحياه قبل أن يحيي بقيتهم وأنه أراد عز وجل ثم يحييكم أنه لا يحيي منهم أحداً حتى يُميت جميعَهم والصيغة في الفصلين واحدة فلولا أن كلٍّ واحدة منهما محتملةٌ للوجهين لما صح أن يريد بالواحدة غيرَ مراده بالأخرى ، وهذا أَبْيَنُ من أن يخفى ، فإذا كان قولُه ثم على أولادهم محتملاً للوجهين وجب أن يكون حظ من مات منهم لولده ، ولا يرجع إلى إخوته لأن ما هلك عنه الرجل فولده أحق به من إخوته ، فترجَّح بذلك أحدُ الاحتمالين في اللفظ ، لأن الأظهر من قصد المحبس وإرادته أن يكون ذلك بينهم على سبيل الميراث فقال ثم على أعقابهم ألاَّ يدخل الولدُ مع والده في الحبس حتى يموت ، ولو أراد ألا يدخل في الحبس حتى يموت والدُه وجميع أعمامه المحبس عليهم مع والده لقال ثم

(٣) الآية ٨٨ من سورة البقرة .

على أولادهم من بعد انقراض جميعهم ، فلا اختلاف أعلمه في هذه المسألة نصاً ، وقد وقع لابن الماجشون في الواضحة ما ظاهره خلافُ هذا ، وهو محتمل للتأويل ، وقد ذهب بعضُ فقهاء زماننا إلى أن الولد لا يدخل في الحبس بهذا اللفظ حتى يموت والده وجميع أعمامه وقال إن لفظة ثم يقتضي التعقيب في اللسان العربي دون خلاف ، فلا ينبغي أن يختلف إذا قال ثم على أولادهم في أنه لا يدخل أحدٌ من الأولاد في الحبس إلاَّ بعد انقراض جميع الأب ، وتعلق بظاهر قول ابن الماجشون في الواضحة ، ولا تعلق له فيه لاحتماله التأويل فقوله خَطَأٌ صُرَاحٌ بما بيناه .

وإنما يختلف في المذهب إذا حبس على جماعة معينين ثم صرف الحبس من بعدهم إلى من سِوَى أولادهم من وجه آخر يجعل مرجع الحبس إليه بعدهم على ثلاثة أقوال تقوم من المدونة فيمن حبس حائطه على قوم بأعيانهم فمات بعضهم وفي الحائط ثمرة لم تؤبر ، أحدها أن حظ الميت منهم يرجع إلى الوجه الذي جعل مرجع الحبس اليه بعدهم ، وذلك على قياس قوله في مسألة المدونة إن حظ الميت منهم يرجع الى المحبس والقول الثاني أن حظ الميت منهم يرجع إلى بقيتهم ، وذلك على قياس قوله في المدونة إن حظ الميت منهم يرجع على بقيتهم ، والقول الثالث أنه إن كان الحبس مما تقسم غلته كالثمرة والخراج رجع حظ الميت منهم إلى الوجه الذي جعل مرجع الحبس إليه بعدهم ، وإن كان مما لا تقسم غلته عليهم كالعبد يَخْتَدِمُونَهُ والدار يسكنونها أو الحائط يَلُونَ عَمَله رجع نصيب الميت منهم إلى بقيتهم ، وذلك على قياس مَا رواه الرواة عن مالك وأخذوا بهحاشى ابن القاسم من التفرقة بين الوجهين ، وقد حكى عبدُ الوهاب في المعونة أنَّ الاختلافَ في هذه المسألة إنما هو فيما يقسم كالغلة والثمرة ، وأنه لا اختلاف فيما لا يقسم كالعبد يُخْتَدَمُ والدار تسكن ، وليس ذلك بصحيح على ما بيناه وبالله التوفيق .

مسألة

قال مالك من حبس حبساً على مَوَالِيهِ ولهم أولاد وله مَوَالِي لبعض أقاربه رجع إليه وَلَاؤُهُمْ ، قال لا يكون الحبس إلا لِمَوَالِيهِ الذين أعتق، وأولادهم يدخلون مع آبائهم في الحبس لأنهم مواليه إلا أن يخصهم بتسمية، قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال بعد ذلك : أرى موالي الأب والابن يدخلون مع مواليه ويُبَدَّأُ بالأقرب فالأقرب من ذوي الحاجة إلَّا أن يكون الأبَاعِدُ أحْوَجَ فيوثرون وهذا قول مالك، وهو أَحَبُّ ما فيه إلَيَّ .

قال محمد بن رشد : كذا وقع في رواية ابن لبابة وله مَوالي لبعض أقاربه رجع إليه وَلاؤُهم، وفي رواية أبي صالح يرجع إليه ولاؤ هم، والصواب رجع إليه ولاؤ هم لأن من لم يرجع إليه ولاؤ هم فليسوا بموالي له ، فقوله بعد ذلك أرى موالي الأب والابن يريد والأخ على ما قال في سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا يدخلون مع مواليه معناه إذا كان ولاؤ هم قد رجع إليه وكذلك قال أصبغ في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الوَصَايَا في الوصية : وهذا إذا كان ولاؤ هم قد رجع إلى هذا الموصي فأما إذا لم يكن ولاؤ هم قد رجع إليه فلا يدخلون في وصية، وفي المجموعة مثلُ قول مالك الثاني قال غير ابن القاسم في الحبس على الموالي : إنه يدخل فيه موالي ولد الولد والأجداد والأم والجدة يريد الجدة أم الأب وأم الجد لا أم الأم ولا أم أم الابن لأن النساء لا يرثن الوَلَاءَ، قال والأخوة، ولا يدخل فيه موالي بني الأُخوة والعمومة قال : ولو أدخلت موالي هـؤلاء أدخلت موالي القبيلة، وقد قيل إنه يدخل فيه من موالي قرابته كل من لو مات لَوَرِثَهُ وهو القايس على قول مالك الثاني وعلى ما قاله غير ابن القاسم في المجموعة من أنه يدخل فيه موالي الآباء والأبناء والإخوة، ولا يلزم ما قال من أنه لو أدخل موالي بني الإخوة

والعمومة لأدخل موالي القبيلة، كما لا يلزم إذا ورث بنو الأخ والعمومة أن يرث جميع القبيلة، لأن الميراث لا يكون إلّا مع ثبوت النسب وكذلك الولاء.

وظاهر قول ابن وهب في سماع أصبغ من كتاب الوصايا أنه لا يدخل في وصية الموصي لمواليه إلا موالي عتاقته، وكذلك الحبس على قوله لا يدخل فيه أولادُ مواليه ولا موالي مواليه ويدخلون فيه على مذهب مالك، قاله في هذه الرواية في أولاد مواليهم، وقاله في رسم الشريكين بعد هذا السماع في موالي مواليه، ومثلُه لعلي في المجموعة.

فيتحصل في المسألة أربعةُ أقوال أحدها أنه لا يدخل في ذلك إلا موالي عتاقته خاصة والثاني أنه يدخل في ذلك موالي عتاقته وأولادهم ومواليهم، والثالث أنه يدخل في ذلك موالي عتاقته وأولادهم ومواليهم وموالي أبيه وجده وولده وولد ولده وإخوته؛ والرابع أنه يدخل فيه موالي عتاقته وأولادهم ومواليهم وموالي أبيه وابنه وجده وجميع عصبته، ولا يدخل فيه على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك مع الموالي الأسفلين الذين أنعم عليهم الموالي الأعلون الذين أنعموا عليه، هذا منصوص في الوصايا من المدونة، وأشهب يرى أنهم يدخلون معهم ويُقسم الثلثُ أو الحبس بينهم بنصفين إن كان هؤلاء ثلاثة فأكثر، وهؤلاء ثلاثة فأكثر، وإن كان عدد هؤلاء ثلاثة وعدد هؤلاء عشرة فالثلث بينهم بنصفين كمال تدعيه طائفتان فيقسم بينهما بنصفين، وإن كان عدد الطائفة الواحدة أكثر عدداً من الطائفة الأخرى فإن كان عدد أحدهما أقل من ثلاثة وعدد الآخر ثلاثة فأكثر فالثلث أو الحبس للذين عددهم ثلاثة فأكثر ولا شيء للذين عددهم أقل من ثلاثة لأنه إنما أوصى لجماعة فلا يكون للذين أقل من ثلاثة شيء، وإن كان عدد هؤلاء أقل من ثلاثة وعدد هؤلاء أقل من ثلاثة كان الثلث أو الحبس بينهما بنصفين لأنه إنما أوصى لجماعة وهي لا تجتمع إلّا من الطائفين، فيقسم ذلك بينهم جميعاً على عددهم، وهذا مذهب أشهب، ولو قال قائل إنه يقسم بينهم جميعاً على عددهم ما كانوا إن استووا في الحاجة

لكان قولاً له وجه، لأنه إذا احتمل أن يريد الذين من فوق والذين من أسفل احتمل أن يريدهم جميعاً، لأن كل واحد منهم ينطلق عليه اسم مولى، فهذا أظهر من قول أشهب وأولى.

ومن أهل العلم خارج المذهب من يرى أن يقرع بينهما، ومنهم من يرى أن الوصية باطل إذْ لا يُعلم من أراد الموصِي منهما، فيتحصل في المسألة خمسة أقوال لا وجه لقول منها إلاَّ ما غلب على ظن قائله من أن المحبس أو الموصي قصده وأراده بعرف أو عادة أو ظاهر مقتضى التسمية، وهذا إذا لم يكن ثَمَّ دَليل على أنه أراد الأعلى دون الأسفل أو الأسفل دون الأعلى مثل أن يكون أهل أحدهما أغنياء وأهل الثاني فقراء فيعلم أنه إنما قصد بوصيته إلى الفقراء دون الأغنياء كانوا من فوق أو من أسفل ومن دخل معهم على قول كل قائل فيبدأ منهم الأقرب على الأبعد إلاَّ أن يكون الأبعد أحوج كما قال في الرواية، وقد قيل إنه لا يفضل الأقرب على الأبعد وهو ظاهر ما يأتي في رسم الشريكين بعد هذا كما قيل، لأنه لا يفضل الولد على ولد الولد، وفي هذا تفصيل واختلاف سنخلصه فيما يأتي في آخر هذا الرسم إن شاء الله وبه التوفيق.

مسألة

وقال مالك: من أسكن ولده وولد ولده داراً واستخلف عليها ولداً لولده كبيراً ليحوزَهَا لنفسه ومن سماها له معه، ثم إن الابن أسكن أباه الدار، قال: إن كان أسكنه بيتاً في الدار فذلك جائز، وإن كان أسكنه الدار كلها فليس بجائز، وهي ترد في الميراث، قال ابن القاسم: وذلك رأيي، قال: وأخبرني مالك عن زيد بن ثابت وابن عمر مثل ذلك، قال ابن القاسم-قال مالك: حبس عمر وعلي وزيد وابن عمر.

قال محمد بن رشد : قوله إن كان أسكنه بيتاً في الدار فذلك جائز معناه إن كان البيت يقع في ثلث الدار فأقل، وأما قوله وإن كان أسكنه الدار كلها فليس بجائز وهي ترد في الميراث فذلك ما لا اختلاف فيه وإنما يختلف إن كان أسكنه جلها أو ما هو أكثر من الثلث منها، لأن حيازة الكبير للصغار ولنفسه كحيازته لنفسه لو كان هو المحبَّس عليه وحده، فالمنصوص عليه لابن القاسم وأصبغ في الواضحة أن ما حازه الكبار لأنفسهم يجوز وإن كان الذي سكن الأب من الدار هو الأكثر، وفي آخر كتاب الرهون من المدونة في بعض الروايات أن الكل يبطل إذا سكن الأب الأكثر من الدار سواء حاز الأب البقية للصغار أو حازه الكبار لأنفسهم، ومثلُه لابن القاسم في رسم إن خرجت بعد هذا من هذا الكتاب، وأما الدور إذا سكن الأب أكثرها وحاز الكبار لأنفسهم بقيتها فيجوز لهم ما حازوه على ما قاله ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى، ولا أعرف في ذلك نص خلاف.

وفرق أصبغ ما بين الدار والدور فقال في الدور إن كل دار منها صغرت أو كبرت تصير كأنها محبسة على حدة، فإن سكن الأب جلها أو أكثر من الثلث منها بطل الحبس فيها كلها إن كان الأب هو الحائز لبقيتها، وإن كان الكبار هم الحائزون لبقيتها جاز لهم ما حازوه منها، وأما ما سواها من الدور فيجوز الحبس فيما حازه الأب للصغار أو حازه الكبار لأنفسهم، ومذهب ابن القاسم في الدور أن الأب إذا سكن الجل منها بطل الباقي إن كان الأب هو الحائز له، وجاز للكبار إن حازُوه لأنفسهم، والحبسُ والهبةُ والصدقةُ في ذلك كله سواءٌ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وَفَرَّقَ مطرف وابن الماجشون بين الهبة والصدقة وبين الحبس فقال في الحبس إذا كان هو الحائز له كقول ابن القاسم في أن سكناه اليسير منه لا يُبطل الحبسَ لماله من العذر في سكناه ليكون بإزائه لعمارته وإصلاحه وتسكينه، وقال في الهبة والصدقة وفي الحبس إذا لم يكن هو الحائز له إما بأن يكون الحبس على من يَحُوز لنفسه وإما بأن يكون على من يحوز له فأسند حيازته إلى غيره إن ما سكن يبطل وما لم يسكن

يجوز من غير تفصيل بين دار أو دور أو سكنى يسير أو كثير، فهذا تحصيل القول في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم وسمعت مالكاً قال في قوم حبست عليهم دارٌ فخربت فأرادُوا بيعها وابتياع دُونِهَا إن ذلك لا يجوز لهم، وأما الفرس يكلب أو يخبث فإنه يباع ويشتري بثمنه فرس يحبس مكانه.

قال محمد بن رشد: هذا هو مذهب ما في المدونة أن الرِّبْعَ الحُبُسَ لا يباع بأن خشي عليه الخراب، ومثله في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب جَامِع البيوع، بخلاف ما بلى من الثياب وضعف من الدواب، والفرق بين ذلك أن الربع وإن خرب فلا تذهب البقعة ويمكن أن يعاد إلى حاله، وابن الماجشون يرى ألّا يُبَاعَ شيء من ذلك كله وهو قول غير ابن القاسم في المدونة، وروى عن ربيعة أن الإمام يبيع الرِّبْعَ إذا رأى ذلك لِخَرَابِه كالدواب والثياب، وهو قول مالك في إحدى روايتي أبي الفرج عنه، قال لا يباع الرَّبع المحبس، وقال في موضع آخر إلَّا أن يخرب والله الموفق.

مسألة

قال مالك من حبس حبساً على ذكور ولده وأخرج الإناث منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزاً وإنه من أمر الجاهلية، وليس على هذا توضع الصدقات لله وما يُرَادُ به وجهه إلَّا ما تصدق به رجل وجعله بعد انقراض ولْده في سبيل من سبيل الخير.

قال ابنُ القاسم فقلت لمالك أفترى لمن حبس حبساً وأخرج بناته منه إذا تزوجن أن يبطل ذلك ويسجل الحبس؟ قال: نعم وذلك وجه الشأن فيه، قال ابن القاسم: ولكن إذا فات ذلك فهو على ما

حبس قال ابن القاسم : إن كان المحبس حياً ولم يُحَزْ الحبسُ فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإِناث، وإن كان قد حيز أو مات فهو فوت، وهو على ما جعله عليه.

قال محمد بن رشد : ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال خلافُ مذهب ابن القاسم في أنه يمضي إذا فات ولا ينقض، وفوت الحبس عنده أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية ، فرأى للمحبس ما لم يُحَز الحبس عنه أن يُبْطِلَ الحبسَ ويُدْخل الإناث فيه ظاهر قوله وإن كره ذلك المحبَّس عليهم مُرَاعاة لقول من يقول إن الصّدقات والهبات والأحباس لا تلزم ولا يجب الحكم بها حتى تقبض، وقد رُوي عن مالك أن ذلك مكروه من العمل، فعلى قوله هذا لا يفسخ الحبس إلاّ أن يرضي المحبس عليهم بفسخه وهم كبار، وذهب محمد بن المواز إلى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال إنما يفعل ما قال مالك من فسخ الحبس وأن يجعله مسجلاً إنما ذلك ما لم يَأبَ عليه من حُبس عليهم، فإن أَبَوْا لم يجز له فسخه ويقر على ما حبس وإن كان حياً إلا أن يرضوا له برده وهم كبار، قال مالك : إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب، ظاهرهُ وإن كان لم يُحَزْ عنه، وهو على قياس القول بأن ذلك عنده مكروه من الفعل، وقال ابن القاسم وإن خوصم فليقره على حاله، ومعنى ذلك على مذهب والله أعلم إذا كان قد حيز عنه وهو الذي ذهبت إليه من التأويل في هذه المسألة على ابن القاسم من أنه فرق في فسخ الحبس بين أن يحاز عنه أو لا يحاز هو ظاهر قوله في هذه الرواية إن كان المحبِّس حياً ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات يريد أو مات بعد أن حيز فهو فوت، وهو على ما جعله عليه، وقد تأول على ما حكاه محمد بن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس وإن كان لم يحز عنه إلا بأذن المحبس عليهم ورضاهم، وقد تأول أيضاً أنَّ له أن يفسخه وإن كان قد حيز عنه وإن أبى المحبَّس عليهم مراعاة لقول من لا يرى إعمال الحبس جملة، وهو ظاهر قول

ابن القاسم في رسم شك بعد هذا من هذا السماع، وفي رسم نذر، وتأول على ظاهر قول مالك في هذه الرواية أنَّ الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس.

فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال أحدها هذا **والثاني** أن المحبس يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن حيز عنه، **والثالث** أنه يفسخه ويدخل فيه الإناث ما لم يحز عنه فإن حيز عنه لم يفعل ذلك إلا برضى المحبس عليهم، **والرابع** أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضى المحبس عليهم.

وإخراج الإناث من الحبس عند مالك أَشَرُّ في الكراهية من هبة الرجل لبعض ولده دون بعض على ما سيأتي القول فيه في رسم الشجرة ورسم نذر سنة من كتاب الصدقات وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب منه إذ لم يختلف قوله في أن هبة الرجل الشيء من ماله لبعض ولده دون بعض جائز نافذ وإن كان ذلك مكروهاً لقول الله عز وجل: ﴿ **وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا** ﴾(٤) وهو الذي أراد بقوله في الرواية وإنه من أمر الجاهلية وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك لو أن رجلًا أعمر عمري داراً أو خادماً له ولعقبه ما عاشوا ولم يقل مرجعه إلَيَّ ولم يجعل لمرجعها وجهاً ترجع إليه رجعت إليه كما لو اشترط.

قال محمد بن رشد: هذا هو مذهب مالك وجميع أصحابه أن العمري ترجع إلى الذي أعمرها بعد موت المُعْمَرِ إن لم تكن معقبة وبعد

(٤) الآية ١٣٩ من سورة الأنعام.

انقراض العقب إن كانت معقبة، ولم يأخذ مالك في العُمْرى بحديثه الذي رواه في موطإه عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه قال : «**أَيُّما رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لاَ تَرْجِعُ إِلَى الذِي أَعْطَاهَا**»(٥) **لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعْتْ فِيهِ المَوَارِيث**، وذهب في ذلك إلى ما رواه عن ابن القاسم بن محمد أنه قال : ما أدركت الناس إلاّ وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، فقال معنى الحديث أن العمرى لا ترجع إلى الذي أعطاها حتى ينقرض العقب، بدليل قوله في الحديث فإنها للذي يُعطاها والذي أُعْطِيَهَا هو المُعْمَر وعقبيه فَوَجب أن تكون لهم بنص الحديث وترجع بعد انقراضهم إلى المُعْمَر بالتأويل الصحيح، إذ لا يصح أن يكون ملكاً لجميع العقب فمن قال إن العمرى المعقبة تكون ملكاً للمُعْمَرِ فقد خالف الحديث، ومالك أَسْعَدُ به.

ومن أهل العلم من قال إن العمرى تكون ملكاً للمُعْمَرِ وإن لم تكن معقبة، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وجماعة من أهل العلم سواهم على ما روى عن النبي عليه السلام من قوله **مَن أُعْمِرَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَمَاتَهُ** ومن قوله أيضاً **العُمْرَى لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ** ومن قوله أيضاً، **مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهَا مِنْ عَقِبِهِ** ولم يصح عند مالك شيء من هذه الآثار وإنما صح عنده حديث جابر الذي ذكرناه فأخذ به على ما تأوله عليه من معناه.

ففي العمرى لأهل العلم ثلاثة أقوال أحدها أنها تكون ملكاً للمعمر قال فيها هي لك عمرى أو هي لك ولعقبك عمري والثاني أنها تكون ملكاً للمعمر في واحد من الوجهين وترجع إلى المُعْمِر ملكاً بعد موت المعمَر أو بعد موته

---

(٥) في لفظ الموطأ : **لاَ تَرْجِعُ إِلَى الذِي أَعْطَاهَا أَبَداً**، رواه مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد اللّه الأنصاري عن النبي صلى اللّه عليه وسلم .

وانقراض عقبه إن كانت معقبة وهو مذهب مالك، والثالث أنها تكون للمُعْمَر ملكاً إن كانت معقبة وترجع إلى المُعْمِر ملكاً بعد موت المُعْمَر إن لم تكن معقبة وبالله التوفيق.

مسألة

وسمعت مالكاً قال: من أعمر خادماً أو عبداً حياته ولا مال له ثم أَفَادَ مالاً أو وُلِدَ له ولدٌ قال مالك ما ولد للأمة أو كان للعبد من أمة يملكا فهو على مثابتهما يخدمان المُعْمَرَ حياتَه، وما كان من مال فهو مَوْقُوفٌ على أيديهما يأكلان فيه ويكتسيان بالمعروف، وليس للمعمر ولا للمعمر أن ينتزعاه منهما ما عاشا فإذا ماتا ورثهما سيدهما الذي يملك رقابهما، وإن قتل العبد عمداً أو خطا فإن عقله لسيده مثلُ الميراث، قال ابن القاسم وإن قَتَلَهُ سيده خَطَأً فلا شيء عليه، وإنْ قتله عمداً كان عقله عليه في السنين التي أعمر، فإن فضل فضل كان له.

قال عيسى بن دينار تفسيره أن يغرم سيدُه القاتلُ القيمة فتوقف للمُعْمَر فَيُسْتَأْجَرُ له منها من يخدمه مكانه، فإن مَات قبل أن يستنفذ الثمن رجع ما بقي من قيمته إلى سيده، قال ابن القاسم: ويكون عليه أن يستأجر له من يخدمه في تلك السنين بقيمته، فإن مات رجع فضل ذلك إلى سيده، قال سحنون وقد كان عبد الرحمان يقول: يُشْتَرَى بتلك القيمة عبدٌ آخر مكانه، وكذلك لو أخدمه أو أعمره أَمَةً ثم عدا عليها فأحبلها صاحبُ الرقبة أن عليه أن يشتري أخرى مكانها، قال مكانها قال مالك: ما كان من ولد للعبد المُعْمَرِ من جاريته فهو بمنزلته.

قال محمد بن رشد : تكررت هذه المسألة على نصها في سماع ابن القاسم من كتاب الخدمة وقوله فيها إن ما ولد للأمة المُخدَمة أو العبد المخدَم فهو بمنزلتهما صحيحٌ لاَ اعْتِرَاضَ فيه لقول النبي عليه السلام : **كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا** .

وأما قوله فيما وهب لهما من مَال إنه يكون موقوفاً على أيْدِيهِمَا ياكلان فيه ويكتسيان بالمعروف وإنه ليس لواحد منهما أن يَنْتزعه ففيه نظر لأن نفقة الأمة المخدمة وكسوتها على المُخْدَمِ على المشهور في المذهب، فالقياس أن يكون ما وهب لهما من مال لسيدهما الذي أخدمهما والذي يَملك رقابهما ينتزع ذلك إن شاء، ولا يكون لهما أن يأكلا منه ولا يكتسيا فيه، وقد قيل إن النفقة على سيده الذي أخدمه، فعلى قياس هذا يصح جوابه في هذه الرواية وكذلك قولُه في المُعْمِر إذا قتل العبد الذي أعمره عمداً أو خطأ أو كانت أمة فأولدها : إنه يغرم القيمة فيستأجر منها للمُعْمَر من يخدمه مكانه فيه نظر ، لأن القيمة إن نفذت والمخدَم حي يسقط حقه ولم يكن له شيء على قوله ومن حجته أن يقول لو لم تقتل لكان لي خدمتها إلى أن أموت، وهي في أم الولد أظهر، لأنه يقول كيف يبطل حقي الذي لي في خدْمتها إلى أن أموت وهي باقية لم تمت، فكان القياس أن يكون على قاتلها عمداً قيمة خدمتها على الرجَا والخَوْف، وقد وقع في المدنِيّة من رواية محمد بن يحيى السبائي عن مالك ما يشهد لما قلناه، وذلك أنه سئل عن امرأة أخدمت خادماً لها امرأتين عمرهما ثم إنهما اشترت من إحداهما ما جعلت لها من الخدمة حياتها، ثم أعتقت الخادم كيف يصنع في ذلك؟ أتبطل الخدمة عن المعمرة الثانية التي لم تبع أم تقوم على المعتِقَة كيف الأمر في ذلك؟ قال : بل تقوم عليها قدرُ تلك الخدمة التي أخدمتها حياتها يريد على الرجا والخوف، لأنها لا تقدر على الرجوع في التي أخدمتها، فيقوم ذلك عليها ويتم العتق عليها، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه قال : **مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ حَظُّ مَنْ بَقِيَ مِنْ شُرَكَائِهِ وَعَتَقَ**

عَلَيْهِ العَبْدُ كُلُّهُ[٦] فلا أرى هذا إلّا شِرْكاً وإن لم يكن شريكه في الرقبة فإني أراها شركة بالخدمة، وهذا مثل ما قلناه من أن القياس أن يكون على المُعْمِرِ إذا قتل الأمة التي أعمرها عمداً أو أولدها قيمةُ خدمتها على الرّجاء والخوف إذ لا فرق بين تفويت الخدمة عليها بالعتق وبالإيلاد أو بالقتل عمداً، ومن الدليل على ذلك رواية عيسى عن ابن القاسم في المدنية في مسألة السبائي عن مالك أن على المعتقة أن تُخرج نصف قيمة الخادم وليس قيمة الخدمة فتواجر التي لم تبع خدمتها منها حَيَاتَها وتعتق الخادم فإن ماتت المخدمة قبل أن يستتمها رجع الفضل إلى المُعْتِقَةِ، فإن استتمتها قبل الموت فلا شيء لها عليها وإن ماتت الخادم أيضاً قبل الخدمة رجعت بقيمة الخدمة إلى المُعْتِقَة قال وكذلك وجدت في مسائل عبد الرحيم عن مالك، فَجَرَى ابنُ القاسم في العتق على أصله في القتل وَالإِيَلادِ، وكذلك قولُه في الرواية إذا قتل الأجنبي العبد المخدم إن القيمة تكون لسيده مثل الميراث، ويبطل حق المُخْدَمِ ليس بوجه القياس والنظر، والذي يوجبه القياس على أُصولهم أن ينحاصا جميعاً في القيمة يضرب فيها سيد العبد بقيمة المرجع على غرره، والمُخْدَم بقيمة الخدمة على غررها أيضاً وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك من حبس حبساً على وِلده وغيرهم حائطاً أو ما أشبه ذلك مما يثمر ويُسَمّي لبعضهم ما يُعْطَى في كل كيلاً معلوماً ولا يسمى للآخرين شيئاً ، قال : الذين سمى لهم كيلاً معلوماً أولى من الآخرين بما خرج من الثمر إلا أن يعمل فيه عاملٌ فيكون أولى بحقه

(٦) رواه ابن عمر في كتاب العتق : باب إذا أعتقَ عبداً بين اثنين ، وبقية الحديث فكان له مالٌ يبلغُ ثمنَ العبدِ قوم العبدُ عليه قيمةَ عدلٍ فأعطى شركاءه حِصَصَهُم وعتق عليه العبدُ وإلا فَقد عَتَقَ عليه مَا عَتَقَ .

في ذلك ، ويأخذه قال ابن القاسم : وكذلك الغلة في الدور .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها وقد قال ابن دحون : إنها مُعارضة لقوله في الوصايا : إن من أُوصِيَ له بكيل معلوم هو مثل من أُوصِيَ له بنصيب من الثمرة لا يدري كم يخرج في كيله يتحاصون ولا يقدم أحدهما على الآخر ، ولا تعارض بينهما بوجه ، لأنه لما حبس الحائط عليهما وسمى لأحدهما مكيلة من الثمرة وسكت عن الثاني فلم يجعل له إلّا ما بقي ، ولو سمى لأحدهما مكيلة من الثمرة وللثاني جزءاً منها لوجب أن يتحاصا في ثمرتها كما قال في مسألة الوصية سواء وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال مالك في الرجل يحبس غلامه على رجل يخدمه فيموت العبد قبل أن تنقضي خدمته وله مال ، إنّ مالَه لسيده ، وليس للمحبس عليه شيء لأنه إنما حبس عليه الخدمة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه والحمد لله .

مسألـــة

وسمعت مالكاً قال : من أخدم عبداً له رجلاً عشر سنين ثم هو حُرٌّ فوهب له الذي أُخْدِمَهُ خِدْمَتَهُ كان حراً ، ولو باعه الخدمة أيضاً كان حراً .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه ، لأنه إنما كان بقي عليه من الرق ما عليه من الخدمة ، فإذا أسقِطَتْ عنه باشتراء أو هبة بُتِّلَتْ حريتُهُ وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال : من حُبِّسَ عليه وعلى عقبه ، ولعقبه ولد فهم مع آبائهم في الحبس بالسواء ، إلّا أنه يفضل ذو العيال بقدر عياله ، لا يكون الآباء أولى من الأبناء والذكر والأنثى فيهم سواء .

قال محمد بن رشد : قوله في ولد عقب الرجل إنهم مع آبائهم في الحبس إذا كان الحبسُ عليه وعلى عقبه صحيح لا اختلاف فيه ، لأن عقب الرجل ولده وولد ولده ما سفلوا وإن بَعُدُوا ، وقوله إنه يفضل ذو العيال بقدر عياله هو المشهور في المذهب أن المحبس المُعَقَّب يُقسم قدْرَ الحاجة وكثرة العيال من قلتهم ، وحكى محمد بن المواز عن ابن الماجشون أنه لا يفضل ذو الحاجة على الغنى في الحبس إلّا بشرط من المحبس ، وهو ظاهر ما في رسم القطعان من سماع عيسى في الذي يحبس في مرضه على ولده وولد ولده لأنه قال فيه : إن الحبس يقسم بين أعيان الولد وولد الولد ذكورهم وإناثهم شَرَعاً سواء على عددهم للذكر مثل حظ الأنثى ، مثله في رسم الصلاة من سماع يحيى إلّا أن يقال معنى ذلك إذا استوت حالَتُهم ، فقد قال ذلك سحنون وابن المواز ، والظاهر خلافُ ذلك ، وعلى هذا يأتي ما حكى محمد بن المواز عن ابن القاسم أن من مات منهم بعد الطياب في الثمرة فحقه لورثته ومن ولد منهم بعد طيابها فلا حق له فيها ، ومن ولد منهم قبل طيابها بعد الإبار أو قبْله فحقه ثابت فيها ، إلّا أنّ الذي يأتي على قياس المشهور أنها تقسم على قدر الحاجة أنْ يسقط حق من مات منهم قبل القسمة وإن كان ذلك بعد طيب الثمرة ، وأن يدخل فيها من ولد منهم قبل القسمة وإن كان ذلك بعد طيب الثمرة ، وهو نص قول ابن كنانة وابن نافع في المدنية ، وفرق ابنُ نافع فيها بين السكنى والغلة ، فقال في السكنى : إن الغني والفقير فيه سواء ، بخلاف الغلة ، وساوى ابن القاسم بين السكنى والغلة بأنه يوثر بذلك الفقير على الغني ، هذا قوله في

المدنية وهو على المشهور في المذهب في أن الحبس المعقب يؤثر فيه المحتاج على الغني .

وقولُهُ في الرواية فهم مع آبائهم في الحبس سواء ، ولا يكون الآباء أولى من الأبناء هو نص ما في رسم القطعان من سماع عيسى وما في رسم الصلاة من سماع يحيى،وما حكى سحنون في المدونة عن المغيرة وغيره من أنه كان يُسَوِّي بينهم خلافُ ما في المسألة التي بعد هذه وخلافُ المعلوم من مذهب ابن القاسم وما في المدونة لمالك من ان الآباء يؤثرون على الأبناء ، ولا يكون للأبناء معهم في السكنى إلّا ما فضل عنهم ، وسواء على قولهما قال حُبُسٌ على ولدي ولم يزد فدخل معهم الأبناء بالمعنى أو قال على ولدي وولد ولدي فدخلوا معهم بالنص ، وقد فرق بين ذلك اشهب فقال : إذا دخلوا بالمعنى بُدّيء الآباء عليهم،وان دخلوا بالنص لم يبدأوا عليهم وكانوا بمنزلتهم ، وهذه الثلاثة الأقوال في تفضيل من سمى من الآباء على من لم يسم من الأبناء وعلى من سمى منهم ، وأما من سفُلَ منهم ممن لم تتناوله تسمية المحبِّس فلا يفضل الآباء منهم على الأبناء إذا استووا في الحاجة هذا نص قول مالك في المدونة ، ولا أعرف في ذلك نص خلاف ، وقد يدخل فيه الخِلاَفُ بالمعنى من قوله فيما تقدم في الموالي ويبدأ بالأقرب فالأقرب من ذوي الحَاجَةِ إلّا أن يكون الأباعد أحوج فيؤثرون قال وهذا قول مالك ، وهو أحب ما فيه إلي ، وفي قوله وهو أحب ما فيه إلي دليلٌ على الخلاف ، وهو ما وقع في رسم الشريكين بعد هذا من أن موالي الموالي يدخلون مع الموالي ولا يفضلون عليهم في ظاهر قوله إذا استوت حاجتهم . فيتحصل في المسألة أربعة أقوال : أحدها أنه لا يُبَدَّأ الآباءُ على الأبناء جملة من غير تفصيل ، والثاني أنهم يُبَدَّأونَ عليهم جمْلة من غير تفصيل أيضاً، والثالث أنه يبدأ منهم من دخل بالنص على من دخل بالمعنى ، ولا يبدأ منهم من دخل بالنص على من دخل بالنص ولا من دخل بالمعنى على من دخل بالمعنى ، والرابع أنه يبدأ منهم من دخل بالنص على من دخل بالمعنى ومن دخل بالنص على من دخل

بالنص ، ولا يُبَدَّأُ منهم من دخل بالمعنى على من دخل بالمعنى . وهذا القول أضعف الأقوال ، لأنه إذا بُدِيء من دخل بالنص على من دخل بالنص وجب أن يُبَدّأ من دخل بالمعنى على من دخل بالمعنى ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك : إذا حبَّس الرجلُ دارَه على ولده وعلى ولد ولده ، فإن ولد الولد يسكنون معهم إن وَجَدُوا فضلاً ، وإن لم يكن فضل فالأدْنَوْنَ أولى ، فإن كان فضل أو خرج بعض الأدنين إلى سفر سكن الذين يلونهم ، فإن جاء أحد من الأدنين لم يخرج عنه كما لم يدخل عليه ، وذلك شأن الحبس والسكنى إذا تصدق عليهم بالسكنى .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك في هذه المسألة خلافُ قوله في المسألة التي قبلها مثلُ قوله في **المدونة** لأنّه إذا رأى في المسألة التي قبل هذه ولد العقب مع العقب بالسواء وإن كانوا إنما دخلوا في الحبس بالمعنى ، فأحرى أن يَرَى في هذه المسألة وَلَدَ الولد مع الولد بالسواء لإدخالهم معهم بالنص . وقدْ مضى تحصيلُ القول في ذلك قبل هذا فلا معنى لإعادته وقوله أو خرج بعض الأدنين إلى سفر فسكن الذين يلونهم ثم جاء لم يخرج عنه كما لم يدخل عليه ، معناه إذا خرج إلى سفر بعيد يشبه الإنقطاع أو كان يريد المقام في الموضع الذي سافر إليه . وأما إذا سافر ليعود فهو على حقه . وهذا نص قول مالك في رسم البز بعد هذا ، وتفسير ابن القاسم في **المدونة** لقول مالك فيها أنه إن غاب أو مات سكن مسكنه ، أي إن كان يريد المُقام في الموضع الذي غاب اليه ، وأما إن كان سافر ليرجع فهو على حقه وقال علي في روايته إن غاب (مُسْجلاً)[٧] ولم يذكر ما قال ابن القاسم ولا يخالف علي لابن القاسم في تفسيره والله أعلم ، والخلافُ في هذه المسألة إنما يكون فيما يحمل عليه

(٧) بياض بالأصل ، والكلمة من نسخة ق ١ .

غيبته فيكون على ظاهر قول مالك في رواية علي عنه محمولةً على الإنقطاع والمقام حتى يتبين خلافُ ذلك ، وعلى ظاهر قول ابن القاسم محمولة على الرجوع وعلى غير الانقطاع حتى يتبين خلافُ ذلك وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسُئِلَ مالك عن رجل تصدق على بناته بصدقة حبساً فإذا انقرض بناتُهُ فهي لذكور ولده وهو صحيح فَيُبَتِّلُ ذلك لهن فتكون للإناث حتى يهلكــن جميعُهُن وللرجل يومَ هلكن كلهن ولدٌ وولدُ ولدٍ ذكور ، فقال ولدُ الولد نحنُ من ولده ندخل في صدقة جدنا ، وقال ولده لصلبه نحن آثَرُ وَأَوْلَى ، فقال مالك : أرى أن يدخل معهم ولد الولد ، وذلك أني أراهم ولده يكونون معهم فيها .

قال محمد بن رشد : قوله إنه يدخل ولد الولد مع الولد بقوله فهي لذكور ولده صحيح على المشهور في المذهب ، لأن الولد يقع على الولد الذكر والأنثى وعلى ولد الولد الذكر ، لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد إذا لم يكن ولد في الميراث ، فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس .

وكذلك تدخل مع بناته لصلبه إذا تصدق على بناته بصدقة حبس بناتُ بنيه الذكور لأن بنت الابن بمنزلة الإبنة في الميراث إذا لم يكن ابنٌ ولا ابنة ، فلا شيء لذكور ولد المحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بَنَاتُهُ وبنات بنيه الذكور ، وقد نص على ذلك في رسم العشور من سماع عيسى وقال إنه يدخل ولدُ الولد مع الولد ولا يفضل الولد عليه في ظاهر قوله ، فهو خلاف قوله في المسألة التي قبلها موافق لقوله في المسألة التي فوقها ، وقد مضى تحصيل القول في ذلك في تكلمنا عليها فلا معنى لإعادته ، وقد قيل انه لا يدخل في تحبيس الرجل على ولده إلاّ وَلَدُ لصلبه ذكورهم وإناثهم ، وهو قول غير ابن

القاسم في سماع سحنون في الذي يحبس على ابنته وعلى ولدها ، ويأتي على رواية اصبغ عن ابن القاسم في كتاب الوصايا فيمن أوصى لولد فلان أن الوصية تكون لذكور ولده ولا يدخل في ذلك إناثهم بخلاف إذا قال لبني فلان فإنه يدخل في ذلك بنو فلان ذكورهم وإناثهم إن من حبس على ولده لا يدخل في الحبس إلا ذكور ولده لصلبه خاصة .

وجه القول الأول أن ولد الولد الذكر ذكوراً كانوا أو إناثاً لما كان لهم حكم الولد في الميراث إذا لم يكن فوقهم ولد وجب أن يدخلوا في الحبس على الولد .

وجه القول الثاني أن الحبس على الولد لو كان يدخل فيه ولد الولد كما يدخل فيه إذا حبس على ولده لم يكن لذكر ولد الولد في التحبيس فائدة ولكان لغواً لا فائدة فيه .

ووجه القول الثالث الذي يتخرج على رواية أصبغ في الوصية أن الولد قد يعرف عند عامة الناس بالولد الذكر للصلب خاصة ، وإذا سألت من ليس له ولد ذكر وإن كان له بنات أو أولاد أَوْلَادٍ هل لك ولد ؟ يقول كل ليس لي ولد ، وإنما لي بنات وحفدا اولاد أولادي ، ولا يعرف أن الولد يقع على كل من يرجع نسبه إلى الرجل إلاّ الخاص من العلماء ، فتحققنا أن المحبس أراد ذكور ولده لصلبه بقوله حبست على ولدي ، ولم يتحقق أنه أراد دخول من سواهم فيه ، فوجب ألا يدخلوا فيه بشك .

وأما أولاد البنات فلا يدخلون في الحبس على مذهب مالك بقول المحبس حبست على ولدي لم يختلف في ذلك قولُهُ ولا التأويل عليه فيه ، لأنهم لا ينتسبون إليه ولا يرثونه وإن كان اسم الولد يقع عليهم في حقيقة اللغة بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحسن : **إنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ**

وَلَعَلَّ اللَّهَ يُصْلِحُ بِهِ بَيْنَ فِئَتَيْنِ عَظِيمَتَيْنِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ[٨] ومن الناس من ذهب إلى أنه لا يسمي ولد البنت ولداً إلّا مجازاً لا حقيقة ، وليس ذلك بصحيح ، لأن ولد البنت أحق بالتسمية من جهة اللغة من ولد الولد .

واختلف إذا قال حبست على وُلْدِي ووُلْد ولدي هل يدخل ولد البنات في ذلك على مذهب مالك أم لا ؟ وقد فرَغنا من بيان هذه المسألة وتفسيرها في غير هذا الديوان ، وهو كتاب المقدمات وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله حلف ألّا يبيع رجـلاً سلعـة سمـاها

وسُئِلَ مالك عن رجل جعل داراً له حبساً صدقة على ولده لا تُبَاعُ إلّا أن يحتاجوا إلى بيعها فإن احتاجوا إليها واجتمع ملاؤهم على ذلك باعوا واقتسموا سواء ذكرهم وإنثاهم فهلكوا جميعاً إلّا رجل فأرادَ بيعها أذلك له وقد احتاج إلى بيعها ؟ قال : نعم ، فقيل له فإن امرأة ثَمّ وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع وهي من بنات المحبس قالت إن بعتَ فأنا آخذ ميراثي من أمي قال : لا أرى لها في ذلك شيئاً ، قال ابن القاسم : ولو اجتمع ملاؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء ، لأنها صدقة حازوها وليست ترجع بما ترجع به المواريث إلى عَصَبَةِ الذي تصدق بها .

قال محمد بن رشد : قوله إلّا أن يحتاجوا إلى بيعها يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حضه منها بالحبس قَلّ لكثرة عددهم أو كَثُرَ لقلتهم ، فيكون

---

(٨) رواه البخاري في كتاب الصلح : باب قول النبي صلى الله عليه وسلم **إنَّ ابني هَذَا سَيِّدٌ** .

ذلك له ويبطل الحبس فيه ويكون ثمنه مالاً من ماله ، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالاً من مَالِهِم على قدر حقهم في الحبسِ كثروا أو قلوا وإن لم يبق منهم إلا واحد فاحتاج كان له الثمن كله وبطل الحبسُ في الجميع بشرط المحبس ، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حقه لأنه إنما مات عن حبس لا يورث عنه ويرجع إلى من معه في الحبس ولا يورث شيء منه على المحبس لأنه قد انْبَتَّ منه إذ قد حبسه حبساً صدقة على غير معينين وحيز عنه في حياته ، فالحكم فيه أن يرجع بعد انقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناس بالمُحَبِّسَ إلا أن يحتاجوا فيكون لهم البيع بشرط المحبس ، ويعودُ ما كان بأيديهم منه بالحبس ملكاً يجوز لهم بيعه وأخذ ثمنه ، ولا يعود شيء منه إلى المحبس ملكاً ولا يورث عنه .

وقوله في آخر المسألة وليست ترجع بما ترجع به المواريث إلى عصبة الذي تصدق بها ، يريد أنها لا ترجع إلى ورثته وإنما ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً عليهم إن انْقَرَضَ المحبَّس عليهم قبل أن يحتاجوا او يبيعوا ، وبيانُ هذا الذي ذكرتُهُ كله في كتاب ابن المواز ، قال مالك فيه من حبس على ولده وشرط إن احتاجوا باعوا فذلك جائز ، فمن احتاج منهم فله بيع حظه ، فإن باعوا فلا يدخل أحد في ثمن ذلك من ورثة الميت ، فإن انقرض من حبس عليه إلا واحداً فاحتاج فباع فالثمنُ كله له ليس لورثة أهل الحبس ممن مات منهم فيه شيء ، لأن من انقرض سقط حقه وصار لمن بعده ، قال محمد بن المواز وإن انقرض قبل أن يحتاج فليس لورثته ولا لغيرهم فيها شَيْءٌ ورجعت كما يرجع غيرها من الأحباس وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله اغتسل على غير نية

وسئِلَ عن رجل تصدق على ثلاثة نفر بثمر حائطه فأَبّرُوها ، ثم

إن أحدهم مات ، قال : ما أراها إلّا لهم كلهم ، لأنه قد أَبَّرَ وَسَقَى فهي بينهم كلهم ، ثم نزلت وقضى فيها أنه ليس له فيها شيء للذي مات اذا كان حبساً ، وإنما يكون لورثة من مات منهم إذا مات بعدَ أنْ تطيب الثمرة ، ومن مات منهم قبل أن تطيب الثمرة فلا حق له ، وإنما تكون منهم إذا مات وقد أبرت إذا لم تكن حبساً فأما الحبس فلا يكون لهم حتى يطيب ، وكذلك قال مالك ، وأما إذا كانت صدقة من غير حبس فهي لورثة الميت أُبِّرَتْ أو لم تُؤبر .

قال محمد بن رشد : معنى قوله تصدق على ثَلاثة نفر بثمر حائطه أي حبسها عليهم، ويحتمل أن يريد أنه حبسها عليهم حبساً صدقة، وعلى ذلك تكلم لأن الصدقة المبتولة من غير حبس لا اختلاف في أنّ حظ من مات منهم لورثته وإن لم تؤبر ، وذلك بين من قوله : وإنما يكون لمن مات منهم إذا مات وقد أبرت إذا لم تكن حبساً ، وقوله ما أراها إلّا لهم لأنه قد أبَّر وسقي فهي بينهم هو خلاف ما في المدونة من قول ابن القاسم وغيره من الرواة ، وقولُهُ ثم نزلت فقضى أنه ليس فيها شيء للذي مات وإنما يكون لورثة من مات منهم إذا مات بعد أن تطيب الثمرة ، هو قول ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في المدونة ، ولا اختلاف في أنها تجب بالطياب لمن مات منهم بعده ، ولا في أنها لا تجب لمن مات منهم قبل الإبار في الحبس وإنما الاختلاف إذا مات أحدهم بعد الإبـار وقبل الطياب أو ماتوا جميعاً .

فإذا مات أحدهم ففي ذلك خمسة أقوال : **أحدها** أن حظه يرجع إلى المحبس ، **والثاني** أنه يكون لمن بقي منهم وهذا القول هو الذي رجع إليه مالك في المدونة وإياه اختار ابن القاسم ، **والثالث** أنه يكون لمن بقي منهم إن كانوا يلون عملها أو كان عبداً يخدمهم أو داراً يسكنونها وترجع إلى المحبس إن كانوا لا يلون عملها وإنما يقسم عليهم ثمرتها ، **والرابع** أن الميت يجب له حضه بالإبار إن كان قد أبَّر وسقى، وهو القول الأول في هذه الرواية : ما أراها

إلا لهم كلهم ، لأنه أَبَّرَ وسَقى ، **والخامس** أن الميت يجب له حظه بالإِبّارِ وإن لم يؤ بر ولا سقي ، وهو قول غير واحد من الرواة في المدونة : وإن مات منهم ميت والثمرة قد آبرت فحقه فيها ثابت ، وهو مذهب أشهب .

وأما إذا ماتوا معاً كلهم ففي ذلك ثلاثة أقوال **أحدها** أن الثمرة ترجع إلى المحبس **والثاني** أنها تكون لورثتهم لأنه قد استوجبها كل واحد منهم بالإبار ، وهو مذهب أشهب **والثالث** أنها تكون لورثتهم إن كانوا قد أبَّرُوا وسقوا وترجع إلى المحبس إن كانوا لم يؤ بروا ولا سَقَوا ،وهو القول الأول في هذه الرواية، لأن موتهم كلهم بمنزلة إذا كان المحبَّس عليه واحداً فمات ، وإن مات واحد بعد واحد ففي موت الآخر منهم ثلاثة أقوال وإنما ترجع الثمرة إلى المحبس في الموضع الذي ترجع اليه على القول بأنها ترجع إليه إذا قال حبساً ولم يقل حبساً صدقة ، وأما إن قال حبساً صدقة فإنما ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً ولا ترجع إليه ملكاً ، لم يختلف قولُ مالك في ذلك على ما حكى ابن القاسم في المدونة ، وفي كتاب ابن عبد الحكم ان قوله اختلف في ذلك ايضاً .

فيتحصل فيما تجب به الثمرة للمحبَّس عليهم بأعيانهم ثلاثةُ أقوال **احدها** أنها تجب لهم بالإبار ، **والثاني** أنها لا تجب لهم بالإبار إلاّ مع أن يكونوا هم سقوها وأبروها ، **والثالث** أنها لا تجب إلا بالطياب .

وأما إن لم يكونوا معينين مثل أن يكون المحبس على رجل وعقبه ، فقيل إنها تجب لهم بالطياب وقيل إنها لا تجب لهم إلا بالقسمة .

وأما إن كان الحبس على مثل بني زهرة أو بني تميم فلا تجب لأحد منهم فيها حق إلا بالقسمة ، فمن مات قبلها بطل حقه ومن ولد قبلها كان من أهلها ، هذا تحصيل القول في هذه المسألة لأنه قال فيها إن من مات منهم قبل أن تطيب الثمرة فلا حق له ، ولم يبين لمن تكون ؟ وإذا كان الميت منهم قد أبر

وسقى فلم يكن له الثمرة على القول الثاني ورجعت إلى المحبس إن كانت لمن بقي منهم كان لورثته الرجوع عليه بما أبر وسقى ورأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها المسألة التي نزلت فأفتى فيها أنه ليس له شيء وإن كانت قد أبرت معناها أنهم لم يعلموا[٩] فليس ذلك اختلاف من قوله ، وإنما فَرْقٌ بين المسألتين ، وقولُهُ بعيد من لفظ المسألة ولا يصح في المسألة سوى ما قلنا وبينا وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الرجل يحبس داراً له أَوْ أرضاً على رجل حياته أو يُعْمَرُهَا فيفقد قال: توقف كما يوقف ماله حتى يُسْتَبَانَ أُمره .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال، لأنها قد وجبت له قبل أن يفقد فوجب أنْ توقف له إذا فُقدَ، وهو نص قول مالك في كتاب ابن المواز، قال توقف غلتها إلى حِينٍ لاَ يَحْيَى لِمثله، فيكون ذلك لورثته إلاَّ أن يعلم أنه مات قبل ذلك فيرجع الفضل إلى ربها، قال محمد : أو حَيْثُ أَرْجَعَهُ ولو كان الحبس عليه أو العُمْرَى له بعد أن فقد لوجب أن توقف الغلة، فإن عُرفت حياتُه كان له من الغلة ما يجب له منها من يوم أُعْمِرَ إياها إلى يوم وفاته ورجع الفضل إلى المحبس أو إلى حيث أرجعه وإن لم تعرف حياته حتى أتى عليه من السنين ما لا يحيى لمثلها رجع جميع ذلك للمحبس أو إلى حيث أرجعه وبالله التوفيق.

مسألة

قال وسئل عن رجل حبس داراً له أو أرضاً على رجل حياته فبنى في الدار مسكناً أو غرس في الأرض نخلاً ثم مات، فقال إن

---

(٩) في نسخة ق ١ : لم يعملوا ، بدل لم يعلموا ، وهي الصحيحة ، لأن المدار في الحكم على العمل لا على العلم .

أرْضَى صاحبَ الدار ورثةُ الرجل فذلك له ، وإلا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم من الدار .

قال الإمام القاضي : وقعت هذه المسألة في نص الروايات هاهنا، وستأتي في موضعها بعد هذا من هذا السماع، وهي خلافُ قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب الحبس من المدونة مثل قول المخزومي فيه، ومثل ما في كتاب الشفعة منها، ومثل ما في التفسير لابن القاسم من رواية يحيى عنه، وقوله إن أرضى صاحبَ الدار ورثَتُهُ الميت وإلا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم معناه إن مات بحدثان ما بَنَى وغرس، وأما إن لم يمت حتى مضى من المدة ما يُرى أنه بنى وغرس إلى مثله فيكون لصاحب الدار أن يأخذ النقض والنخل بقيمتها مقلوعة إن شاء وإن أَبَى قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم على مذهب ابن القاسم فيمن بنى فيما اكْترَى وكذلك في النوادر لمالك من رواية ابن القاسم عنه أن لهم أن يقلعوا نقضهم إلا أن يعطيهم قيمةَ ذلك مطروحاً بالأرض، ومعنى ذلك إذا كان قد مضى من المدة ما يُرى أنه بنى إلى مثلها على ما ذكرناه، وأما على رواية المدنيين عن مالك في أن للمكتري قيمةَ بنيانه قائماً، فيكون الحكم في الحبس ما قاله في الرواية من أن صاحب الدار إن أرضى الورثة وإلا قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم طالت المدة أو قصرت، وهو ظاهر قول المخزومي في الحبس من المدونة إن البناء الذي له القدرُ مالٌ من ماله يُباع في دَيْنِهِ، فهذا حكم ما بنى للسكنى إذا مات، وأما إذا لم يمت فهو أحق بسكنى ما بنى لا يدخل عليه فيه غيره، ولو بنى حوانيت وبيوتاً للغلة والكراء لَقَاصَّ نفسه بما قبض من الخراج حتى يستوي ما أنفق في ذلك حسبما يأتي في رسم حمل صبياً من سماع عيسى بعد هذا وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله شك في طوافه

وسئل عن رجل حبس منازلَ له على ولده وَكُنَّ أربعَ بنات وقد

بلغن وتزوجن وحزن أموالهن ودفع إليهن أموالهن وكان عَمٌّ لهن يَلِي حبسهن فاتهمنه في غلتهن وطلب بعضهن أن تُوَكَّل بحقها ويدفع ذلك إليها، قال: أرى أن يُنْظَرَ في ذلك، فإن كان حسن النظر لم أر ذلك لها، وإن كان غير ذلك رأيت أن يجعل معه من يوكله بذلك.

قال محمد بن رشد: قوله وكان عم لهن يَلِي حبسهن، معناه أنه كان يليه بجعل المحبس ذلك إليه، إذ لو كان يليه بجعلهن ذلك هن إليه لكان لمن شاءت منهن أن توكل بحقها من شاءت سواه، ولم يكن للسلطان في ذلك نظر، لأن لكل واحدة منهن أن تعزله عن النظر لها إن شاءت متى شاءت، وقولُه ينظر في ذلك فإن كان حسن النظر يريد ثقة مأموناً غير متهم لم أر ذلك لها، وقوله وإن كان على غير ذلك يريد سَيِّىءَ النظر أو غير مأمون رأيت أن يجعل معه من توكله بذلك، وإنما رأى لها أن توكل بحقها ولم تعزله عن النظر لكونه سَيِّىءَ النظر غير مأمون من أجل أنهن مالكات لأمورهن، وقد رضي به بعضهن وَلَوْ لَمْ ترض به واحدة منهن لعزله القاضي عنهن وكان من حقهن أن يوكلن من رضين به، ولو كُنَّ غير مالكات لأمور أنفسهن لوجب إذا ثبت عند السلطان أنه سَيِّىءَ النظر غير مأمون أن يعزله ويقدم سواه، ولم يلتفت إلى رضا من رضي به منهن ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال لو اتهمه جميعُهن لكان لهن إخراج ذلك من يديه ، وإنما بقي في يديه لأنهن اختلفن فاتهمه بعضهن ولم يتهمه الباقون ، وفي قوله نظر فتدبره وباللّه التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن الفرس يحبس في سبيل الله فيعطاه رجل فيأتي بعض من يريد أن يُنْزِيَه فيمنعه من ذلك أترى ذلك واسعاً؟ قال: نعم النزو يُضْعِف فأرى أن يمنعه ويستبقيه لما جعل له فيه، قال مالك وكذلك الإبل.

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه ولا موضع للقول وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل حبس عدقين عَلى مسجد في مصباحه ومرَمّتِهِ في دار من دور الأنصار، فانقرض أهل تلك الدار وسكنها قوم آخرون وبقي رجل من أهل تلك الدار الذين انقرضوا فانتقل ذلك الرجل إلى دار أخرى وأخذ تَمَرَ ذينك العدقيْن يَأكُلُهُمَا ويصنع فيهما ما شاء فَكُلِّمَ في ذلك، فقال إنما كان ذلك حين كان أهل الدار ثَمَّ فَلَمَّا انقرضوا فهما لي أصنع فيهما ما شئتُ، قال مالك : ليس ذلك له، وهما على ما وضعهما عليه صاحبها من شأن المسجد من مصباح المسجد ومرمته .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال، إذ لا تَعَلُّقَ لحبسه بسكنى الأنصار في الدار، لأنه إنما حبس العدقين اللذين كَانَا له مِلكاً ومَالاً في دار الأنصار، ولم يقل إنه حبسهما ما دامت الدار للأنصار ولا في لَفْظِهِ في التحبيس ما يدل على ذلك فلا يصدق فيه إن ادعاه وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل حبس داراً له على ولد له وابن أخ له حَيَاتَهُمَا ولم يجعل لعقبهما شيئاً، ومرجعُهما إليه، فأراد أن يشتري صاحب الحبس من ابن أخيه ما حَبَّس عليه، واستغنى ابنُ أخيه عنها فأراد يبيعها من الذي حبسها عليه قال : ذلك جائز وكره أن يبيعها من غيره، وقال كيف يشتريها غيره ولا يدري ما يعيش.

قال محمد بن رشد: مثل هذا في المدونة في كتاب الصلح وكتاب

الوصايا وفي غير ما موضع من هذا الكتاب، ومن كتاب الصدقات والهبات من ذلك ما وقع في رسم طلق بعد هذا من هذا السماع وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات وفي رسم أصبغ منه، وإنما جاز ذلك وإن كانت مدة حياتهما مجهولة لأنه يملك بذلك التصرف في الدار، فكأنه إنما ابتاع رقبتها، وكذلك ورثته يُنَزَّلون منزلةُ في اشتراء السكنى منه، ولا يجوز لأحد منهم أن يشتري أكثر من حظه منها عند ابن القاسم، وأجاز ذلك المخزومي، ولم يجز ابن كنانة لأحدهم أن يشتري قدر نصيبه إلاَّ أن يجتمعوا فيشتروا الجميع، وقول ابن القاسم هو الصحيح في النظر، لأن أَحَد الورثة إذا اشترى قدرَ حظه من السكنى يملك بذلك التصرف في حظه، وكذلك يجوز للمحبس عليهما السكنى حياتهما أن يشتريا المرجع من الذي يرجع إليه فيملك بذلك رقبة الدار على ما قاله في المواضع المذكورة من هذا الكتاب ومن كتاب الصدقات والهبات، ووقع في رسم البيوع الأول من سماع أشهب بعد هذا من هذا الكتاب أنه لا يجوز لمن حبست عليه وصيفة حياتَه أن يبتاع المرجع من غرماء المُحَبِّسِ، فقيل إن ذلك اختلاف من القول، وقيل ليس ذلك باختلاف منه، ويجوز للمُخَدَّم حياته أن يشتري مرجع الجارية من الذي أخدمه إياها فيملك بذلك الرقبة ملكاً تاماً، ولا يجوز له أن يشتريه من غرمائه إذا كان عليه دين، والأول أظهر أن ذلك اختلاف من القول، لأن حق الغرماء ليس في عين مرجع الوصيفة، وإنما هو في ذمة المحبس وعلى ملكه يباع، فلا فرق بين أن يبيعه عليه الغرماء في دَيْنِهم أو يبيعه هو ليؤدي دينه أو لبعض حاجته فيما يجوز من ابتياع المرجع، وكذلك لو بيع بعد موت المحبس فيما عليه من الدين، لأن الدين إنما هو في ذمة الميت لا في عين التركة على الصحيح من الأقوال، ولأنه يملك الرقبة باشتراء المرجع، اشتراه من الذي أخدمه أو من ورثته أو من غرمائه، ولا يجوز على القول الآخر اشتراه منه أو من ورثته أو من غرمائه، لأنه غرر، إذ لا يدري متى يرجع المرجع إلى الذي باعه منه، ووجه التفرقة بين الموضعين أن المُخْدِم والمُحَبِّسَ لما كانا فعلا معروفاً

بمن أخدماه وأسكناه جاز لهما أن يشتريا الخدمة والسكنى ليملكا بذلك التصرف في الدار أو العبد بالبيع فيكونا إذا فعلا ذلك كأنهما إنما اشتريا الرقبة جاز لهما أن يبيعا منه المرجع من المخدم والمسكن ، لأنه يملك بذلك الرقبة ، ولما كان الغرماء لا يجوز لهم اشتراء الخدمة لم يجز لهم بيع المرجع .

ولا يجوز باتفاق اشتراء الخدمة أو السكنى لغير الذي له الرقبة ولا اشتراء المرجع لغير الذي له الخدمة والسكنى، وينزل ورثة المحبس والمخدم منزلة موروثهما فيما يجوز لهما من اشتراء الخدمة أو السكنى، ويُخْتَلَفُ هل ينزل الموهوب الخدمة والسكنى منزلة الواهب في جواز ابتياع المرجع، وهل ينزل الموهوب له المرجع منزلة الواهب في جواز ابتياع الخدمة والسكنى على قولين، الأظهر منهما أنه ينزل منزلتهما في ذلك على ما قاله في العَرَايَا من المدونة من أنه يجوز لمن أسكن رجلاً حياته أن يبتاع السكنى ممن وهب إياه وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالكٌ عن الحبس يحبسه الرجل على ولده ويقول إن تزوجت امرأة فلا حق لها، قال إني لأكره هذا من العمل، قال عيسى قال ابن القاسم وأنا أكره ذلك، فإن كان صاحب الحبس حياً رأيت أن يفسخه ويجعله مُسْجَلاً ولو مات صاحبه حتى ينفذ ذلك لم أَر للقاضي أن يفسخه لم يكن قول ابن القاسم في رواية سحنون وأنكره ولم يعرفه.

قال محمد بن رشد : قد مضى الكلام على هذه المسألة في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن رجل حبس داراً له حبساً في ثلثه لم يجعل لها مخرجاً فكيف ترى أن تقسم؟ قال أرى أن تقسم على ذوي الحاجة، قيل فإن له ولد محتاجين وأغنياء أفترى أن يعطوا منها، قال: لا، ولكن أرى أن يعطي المحتاجين منهم منها مع غيرهم من المحتاجين.

قال محمد بن رشد: مثلُ هذا في المدونة وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى أن من حبس حبساً ولم يجعل له مخرجاً فسبيله أن يكون حبساً على الفقراء والمساكين، وقوله في الدار المحبسة على هذا السبيل إنها تقسم على ذوي الحاجة، يريد يُقْسَم سُكْنَاهَا عليهم، ومن حصل في مسكن منها لم يخرج منه لغيره إلَّا أن يستغنى، وقوله إنه يعطي ولده المحتاجون منها مع غيرهم من المحتاجين صحيح، لأن الميت لم يُوصِ بذلك فتكون وصيته لوارث، وإنما هذا أمر يفعله النّاظر في تنفيذ الوصية باجتهاده، وسواء كانوا يوم أوصى بالتحبيس محتاجين أو أغنياء ثم احتاجوا بعد ذلك لأنها إنما ردت إلى المساكين بالحكم فوجب أن يستوي في ذلك ورثته وغيرُهم، كمرجع الحبس، ولو أوصى بِتحبيسها على المساكين لكان الحكم في ذلك حكم من أوصى بصدقة ثلث ماله على المساكين فلم يقسم حتى افتقر بعضُ ورثته أو كانوا فقراء، فقال مطرف إنهم يعطون من الثلث في الحالتين، وقال ابن القاسم في رواية أصبغ عنه إنهم لا يعطون من الثلث شيئاً في الحالتين أيضاً، وفرق ابنُ الماجشون بين الحالتين، فقال إن كانوا يوم أوصى مساكينَ لم يُعْطَوا منه، لأنه أوصى وَهُوَ يعرف حالهم، فكأنه قد أزاحه عنهم، وإن كانوا يوم أوصى أغنياء ثم افتقروا أُعْطُوا منه.

ولو حبس في صحته أصلاً يجري غلته على المساكين لأعطى ورثته

الفقراء منه، كانوا يوم مات أو يوم حبس فقراء أو اغنياء ثم افتقروا بعد ذلك، حكى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وقالا : إن بذلك حكمت القضاةُ يرى مالك وغيره(٩م) من الفقهاء ، غير أنهم لا يعطون جميع غلة الحبس مخافة أن يدرس شأنه وينقطع التحبيس منه، ولـكـن يبقى منه سهم يجري على المساكين ليبقى بذلك اسمُ الحُبُسِ ويكتب على الورثة كتابٌ بأنهم إنما أعطوا منه على المسكنة والحاجة لا على أن لهم فيه حقاً دون المسٰكين وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عمن حبس على رجل وعلى أهله أَوْسُقاً مسماة من حائط، فهلك رجل من ولد ذلك الرجل الذي حبس عليه وعلى أهله، وولد ولد لم يكن حيا في حياة الجد يوم حبس عليه ، أترى أن يدخل في الصدقة ؟ قال : نعم ، هو من أهله .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال، لأن الرجل وأهله هم المنتسبون من الرجال والنساء إلى من ينتسب إليه فولده وولد ولده من أهله وهُم غيرُ معينين فيدخل فيما حبسه عليهم من كان حيا يوم القسمة وإن كان ولد بعد التحبيس، ولا خِلَافَ في هذا، كما أن من حبس على ولده فيدخل في حبسه من ولد من ولد ولده بعد التحبيس وإن سفُلُوا، وقد مضى في صدر أول رسم من هذا السماع الكلامُ على الآل والأهل فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل أسكن رجلًا بيتاً له و لعقبه ما عاشوا وما عمروا فيه من شيء فهو لهم، فأراد الذي أسكنه في ذلك أن يرجع أترى ذلك له؟ قال: لا، ثم قال أخذ على ذلك ثواباً؟ قال: لا ، وكان في

(٩م) لعل صواب العبارة . . يرى مالكاً وغيره . . .

كتاب سكناهم ابتغاء وجه الله، قال : لا أرى ذلك له، فقال له منذ كم كان؟ قال : منذ سنين، قال ليس ذلك له.

قال محمد بن رشد : ليست هذه المسألة في كل الروايات، وهي مسألة صحيحة لا اختلاف في المذهب في أنَّ من حبس أو وهب أو تصدق ليس له أن يرجع عَنْ ذلك، ويحكم به عليه وإن كان لم يقبض منه إن كان لمعين باتفاق، وإن كان لغير معين فعلى اختلاف، والقولان في المدونة على اختلاف الرواية فيها، والإسكان في هذه المسألة لمعين، فلا اختلاف فيه، والسؤال إنما هو هل له أن يرجع فيه ما لم يقبض منه، إذ من أهل العلم من يرى ألَّا يُحكم به عليه ما لم يقبض منه، وأما إذا قبض منه فلا كلام فيه، وإنما سأله هل أخذ في ذلك ثواباً لأنه لو أخذ في ذلك ثواباً اشترطه لكان بيعاً فاسداً يجب فسخه وبالله التوفيق.

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل عن قوم حبست عليهم ثمرة يجري عليهم في كل عام، فبلغت الثمرة الإبار فأبَّرُوها ثم ولد لرجل منهم بعد الإبار ولد فلما حضر القسم قال أنا أريد أن آخذ لولدي، وكان ممن أدخل في الصدقة، قال ذلك له يأخذ بقدر ما جعل له فيه.

قال محمد بن رشد : هذا على القول بأن الثمرة لا تجب للمحبَّس عليهم إلَّا بالطياب، وهو أحد القولين في رسم اغْتسل، وعلى القول الثاني فيه أنها تجب لهم بالإبار إذا كانوا هم قد سقوا وأبروا، لا يكون لمن ولد بعد ذلك فيها حق، وقد مضى تحصيل الاختلاف في ذلك هنالك موعَباً مستقصى، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم وسئل مالك عن رجل كانت عنده امرأة وأنه

اشترى متاعاً من متاع البيت من نحاس طست ومهراس وغيره، وأشهد لها أنه لها حياتَها تستمتع به، ثم إنه فارقها وخاف أن تُبْدِلَهُ وتأتي بغيره، فأردت أن أزنه عليها، قال:الوزن يختلف وينقص، لا أرى ذلك ، ولكن أكتب صفته وأشهد على معرفته وأنقش فيه إن أردت، ثم قال له : اشتره منها، قال قد فعلت فأبت فقال : أشهد على ما قلت لك من صفته ومعرفته، وأكتب بذلك كتاباً وأستاني به أن تبيعك إياه أو تشتريه منك.

قال محمد بن رشد : أجاز مالك في هذه المسألة للرجل أن يشتري من المرأة ما أَمْتَعَهَا إياه حياتَها، ولها أن تشتري منه مرجع ذلك ، فيصح لكل واحد منهما بالشراء مِلْكُ الأصل وينفرد به ، ولا خلاف في جواز شرائه هو لِمّا أمتع المرأة ، وإنما الاختلاف في جواز شراء المرأة للمرجع على ما ذكرناه في رسم شك من الاختلاف في تأويل ما وقع في رسم البيوع الأول من سماع أشهب هل هو خلاف لسائر الروايات أو يفرق بين المسألتين ، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن قوم كانت لهم دار حُبُسٌ فباعوها وأدخلوها في المسجد قال أرى أن يشتروا بالذهب داراً أخرى يجعلونها في صدقة أبيهم، قيل له أفيقضي عليهم بذلك؟ قال: لا، إلَّا أن يتطوعوا، فقيل له أفترى لهم أن يشتروا بها داراً؟ قال : نعم، إني لأرى ذلك لهم.

قال محمد بن رشد : قولُه وأدخلوها في المسجد يدل على أن ذلك جائز في كل مسجد، مثل ما في نوازل سحنون بعد هذا من هذا الكتاب خلافُ ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ من أن

ذلك لا يجوز إلَّا في مساجد الجوامع إذا احتيج إلى ذلك، وأما مسجد الجماعات فلا، إذ ليست الضرورةُ في ذلك مثلَ الجوامع، وفي النوادِر لمالك أن ذلك في كل مسجد مثل ظاهر هذه الرواية، وقولُ سحنون في نوازله وقولُ مالك إنه لا يقضي عليهم أن يشتروا بالثمن داراً يجعلونها حُبساً كما كانت التي باعوا هو قولُ ابن القاسم، وقال ابنُ الماجشون يقضي بذلك عليه، ولو استحقت فأخذ فيها ثمناً فإنه يصنع فيه ما شاء، قاله مالك وابن القاسم، وظاهر قوله فباعوها وأدخلوها في المسجد أنهم طاعوا بذلك وفعلوه باختيارهم، وقد اختلف الشيوخ المتأخرون إذا أَبَوا من ذلك في المسجد، فقال أكثرهم تؤخذ منهم بالقيمة جبْراً على ما أَحَبُّوا أو كرهوا، وهو الذي يأتي على قياس قول مالك في هذه الرواية وما روى عن ابن القاسم أيضاً من أنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى تكون حبساً مكانها لأنه إذا كان الحق يوجب أن تؤخذ منهم بالقيمة جَبْراً صار ذلك كالاستحقاق الذي يبطل الحبس، فلا يجب صرف الثمن المأخوذ فيه في حبس مثله، ويأتي على قياس قول ابن الماجشون إنه يقضي عليهم أن يجعلوا الثمن الذي باعوها به في دار أخرى تكون حبساً مكانَها أنه لا يقضي عليهم ببيعها إذا أَبَوا، لأنهم إذا باعوها باختيارهم في موضع لا يحكم عليهم به لو امتنعوا منه كان الحكمُ عليهم بصرف الثمن في دار تكون حبساً مكانَها واجباً لما في ذلك من الحق لغيرهم إن كان الحبس معقباً، وكذلك إن كان عليهم بأعيانهم على القول بأنها ترجع بعدهم إلى أقرب الناس بالمُحَبِّس حبساً وقد روى أبو زيد عنه في الثمانية أنه يقضي عليهم ببيعها ليتوسع بها في المسجد الجامع، فقولُه إنه يقضي عليهم بجعل الثمن في دار تكون حبساً مكانها ليس على أصله، فلعله إنما قال إنه يقضي عليهم بذلك فيما عدى المسجد الجامع من المساجد، ومن مذهبه أنه لا يقضي عليه ببيعها إلا في المسجد الجامع وبالله التوفيق.

مسألــة

وسئل مالك عن بقرات أوصى بهن رجلٌ أن يقسم أَلْبَانُها في المساكين كيف يُصْنَعُ بها إن ولدت ، قال ما ولدت من أنثى كان كسبيلها يحبس معها ، وما ولدت من ذكر حُبِّسَ لنزوها ، فإن كثر الذكور عن نزوها بيع ما فضل عن ذكورها واشترى به إناث فزيد فيها ، وما كبرت من أنثى حتى ينقطع لبنها بيعت فردت فيها ، فاشترى بها إناثاً يرد ما يباع منها فيها من ذكورها وما كبر من إناثها في إناث يجعلهن معها وفي مصلحتها في عُلُوفَتها يعمل فيها كما يعمل الرجل في ماله ، إلَّا أنه لا يباع من إناثها شيء له منفعة ، وما بيع من فضل ذكورها وكبار إناثها رُدَّ في إناث تشتري معها وفي علوفتها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة حسنة صحيحة على معنى ما في المدونة من أن ما ضعف من الدواب المحبَّسة في سبيل الله أو بَلِيَ من الثياب حتى لم يكن في الدواب قوة للغزو ، ولا في الثياب منفعة ، فإن ذلك يباع ويشترى بثمن الدواب غيرُه من الخيل فيجعله في السبيل ، فإن لم يبلغ ذلك ما يشتري به فرساً أو هجيناً أو برذوناً أعين به في ثمن فرس ، ويشتري بثمن الثياب ثياباً ينتفع بها ، وإن لم يبلغ ذلك ما يشتري شيء ينتفع به فُرِّقَ في السبيل ، خلافُ ما روى غيره من أن ما جُعِلَ في سبيل الله من العبيد والثياب لا يباعُ، وقال لو بيعت لبيع الرَّبْعُ المحبس، وهو مذهب ابن الماجشون أن من تصدق على قوم بغلام له صدقة محرمة فلا يجوز إن كبر فتخلف وكثرت سرقاته وإباقه أن يباع ويشترى بثمنه غيره يكون مكانه على مثل ما كان عليه من التحريم والحبس ، إلا أن يكون شرط ذلك في تحريم صدقته ، قال : وكذلك لو تصدق بالبعير أو التيس من غنمه للضراب صدقة محبسة فلا يجوز إنْ كَبِرُوا

فانقطع ضرابهم أن يباعوا[٩م] ويشتري بثمنهما غيرُهما إلا أن يكون شرط المتصدق ذلك في أصل تحريم صدقته وموضع الخلاف في ذلك إنما هو في بيع ما كثر من الذكور عن نزوها ليشتري به إناثاً لها دَرٌّ وفي بيع ما كبر من الإناث فانقطع دَرُّها ليشتري به إناثاً لها دَرٌّ وأما بيع ما كثر من الذكور عن نزوها أو كبر من الإناث فانقطع درها فيما يلزم من علوفتها والقيام عليها في رعيها فلا اختلاف في جواز ذلك .

لأن الأحباس في جواز بيعها والاستبدال منها إذا انقطعت المنفعة منها تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يجوز بيعه باتفاق ، وهو ما انقطعت منفعته ولم يرج أن يعود وفي ابقائه ضرر ، مثلُ الحيوان الذي يحتاج إلى الإنفاق عليه ولا يمكن أن يستعمل في نفقته ، فيضر الإنفاق عليه بالمحبَّس عليه أو ببيت المال إن كان محبساً في السبيل أو على المساكين ، وقسم لا يجوز بيعه باتفاق وهو ما يرجى أن تعود منفعته ولا ضرر في بقائه ، وقسم يختلف في جواز بيعه والاستبدال به ، وهو ما انقطعت منفعته فلم يرج أن يعود ولا ضرر في إبقائه . وَخَرَابُ الربع المحبس الذي اختلف في جواز بيعه من هذا القسم وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله سَنَّ رسول الله صلى الله عليه

وسئل مالك عن رجل حبس حبساً على ذكور ولده لا يباع ولا يورث حتى يرثها الله ، فانقرض ذكورُ ولده ، قال : أراها حبساً على بنات ذكور ولده وعلى العصبة إِلَّا أَلَّا يكون فيها سعة ، فيكون بنات ذكور ولده أحق بها يُبَدَّيْنَ على العصبة إن لم يكن لهم فيها سعة .

(٩م) يلاحظ أننا في التحقيق حافظنا على النص في جميع ما حققناه وإن كانت بعض الفقرات مخالفة لقواعد النحو واللغة .

قال محمد بن رشد : قوله إنها ترجع حبساً بعد انقراض ذكور ولده ، صحيح لا اختلاف فيه ، لوجهين أحدهما أن ذكور ولده غير معينين لأنه يدخل في ذكور ولده ذكور ولد ولده ما سفلوا ، والثاني قوله لا يباع ولا يورث حتى يرثها الله ، ولو قال لا تباع ولا تورث ما عاشوا أو حتى ينقرضوا لرجعت إليه بعد انقراضهم ملكاً مطلقاً ولورثته إن كان قد مات، ولو قال ما عاشوا أو حتى ينقرضوا ولم يقل لا تباع ولا تورث لرجعت إليه ملكاً مطلقاً عند مطرف ، وقد مضى هذا المعنى مستوفي في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته .

وقوله إنها ترجع حبساً على بنات ذكور ولده وعلى العصبة معناه إذا لم يكن له بنات لصلبه ، لأن بناته أقرب إليه من بنات بنيه ، وقد مضى في أول رسم من السماع ذكر من يرجع إليه الحبس حبساً بعد انقراض المحبَّس عليهم وما في ذلك من الإختلاف في النساء فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم في اتخاذ المساجد على القبور إنما أَكْرَهُ من ذلك هذه المساجد التي تبنى عليها ، فأما لو أن مقبرة عفت فبنى قوم عليها مسجدا فاجتمعوا للصلاة فيه لم أر بذلك بأساً .

قال محمد بن رشد : إنما كره اتخاذ المساجد على القبور صيانة لها ليلَّا يكون ذلك ذريعة إلى الصلاة عليها ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ اللَّهُمَّ لاَ تَجْعَلْ قَبْرِي وَثَناً بَعْدِي يُعْبَدُ اشْتَدَّ غَضَبُ اللَّهِ عَلَى قَوْمٍ إتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ﴾(١٠) وأما إذا عفت المقبرة وانقطع الدفن فيها

---

(١٠) وروى مسلم في صحيحه عن جندب بن عبد الله البجلي قال : سمعت رسول الله صلى اللّهُ عليه وسلم قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ بخمسٍ وهو يقولُ : إنَّ مَنْ كان قَبْلَكُم كانُوا يَتَّخِذون قبورَ أنبيائِهم وصالِحِيهِم مساجدَ ، أَلاَ فَلاَ تَتَّخِذُوا القبورُ مساجدَ إِنِّي أَنْهَاكُم عن ذلك . قال العلامة الشوكاني : قال العلماء : إنما نهى عليه السلام عن اتخاذ =

فلا بأس أن يبني عليها مسجد للصلاة فيه ، لأن المسجد والمقبرة حبسان على المسلمين لصلاتهم ودفن موتاهم ، فلا بأس أن يستعان ببعض ذلك في بعض وينقل بعضه إلى بعض على أنفع ذلك لهم وأرفقه بهم وأحوجه ما هم اليه ، قال ذلك ابن الماجشون في الواضحة ، وإذا بنى المسجد على المقبرة لم يتناول المُصَلِّي فيه نهيُ النبي عليه السلام عن الصلاة في المقبرة عند من حمل الحديث على عمومه في جميع المقابر من أهل الحديث ، لأنها قد خربت من أن تكون مقبرة وتحولت إلى ما تحولت إليه من كَوْنها مسجداً والدليل على ذلك ما جاء من أنه كان في الموضع الذي بنى فيه النبيُ عليه السلام قُبُورٌ للمشركين فأمر بها فَنُبِشَت ، وقد روى أبو المصعب عن مالك كراهية الصلاة فيها للحديث ، وهذا الذي ذهب إليه عبد الوهاب قال تُكْرَهُ الصلاة فيها ، إلا أن تكون فيها نبشر فلا تجوز الصلاة فيها ، والمشهور المعلوم من مذهب مالك إجازة الصلاة فيها إما لأن الحديث لم يصح عنده ، وإما لأنه حمله على أن المراد به مقابر المشركين كما فعل ابنُ حبيب وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله أخذ يشرب خمراً

قال وسئل عن رجل حبس حبساً وحبس على ابنين له منزلاً بعينه وقال في حبسه : وما كان لي من ابنة فهي معهما في حبسهما ، أترى بنات إبنه يدخلن معهما في ذلك الحبس الذي لإبنيْه ؟ قال ،

قبره وقبر غيره مسجداً خوفاً من المبالغة في تعظيمه والافتتان به وربما أدى ذلك إلى الكفر كما جرى ذلك في الأمم الخالية ، ولما احتاج الصحابة رضي الله عنهم ـ والتابعون إلى الزيادة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين كثر المسلمون ، وامتدت الزيادة إلى أن دخلت بيوت أمهات المؤمنين فيه ، وفيها حجرة عائشة مدفن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه أبي بكر وعمر، بنوا على القبر حيطاناً مرتفعة حوله لئلا يظهر في المسجد فيصلى إليه العوام ويؤدي الى المحذور.

قال مالك : نعم ، أرى أن يدخلن في ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، ومثلُه من قوله في رسم العشور من سماع عيسى بعد هذا : وذلك لأن بنت الإبن تسمى بنتاً ولها حكم البِنْتِ وفي الميراث إذا لم يكن للميت ابن ذكر ولا أنثى ، بخلاف بنت الإبنة لأنها وإن كانت تسمى ابنة بدليل قول النبي عليه السلام في الحسن : إن ابني هذا سيد ، فليس لها حكم البنت في النسب ولا في الميراث وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عمن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس وكتب لهما في كتاب صدقته ، قال إن شاءتا باعتا ، وإن شاءتا أمسكتا ، فَرَهَقَ ابنتيه دين كثير دَايَنَتَا به الناس ، فقام عليهما الغرماء فقالوا : نحن نبيع الدار قد كتب أبو كما في صدقته إن شئتما بعتما ، وإن شئتما أمسكتما ، قال مالك : صَدَقُوا ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا حقوقهم .

قال محمد بن رشد : لمالك في كتاب ابن المواز خلافُ قوله هذا إنه ليس للغرماء ذلك ، وهو الذي يأتي على مَالَهُ في كتاب التفليس من المدونة في الرجل يُفَلَّسُ وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال ، أنه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها إياهم ، ولا لهم أن يأخذوها إلا أن يشاء هو أن يفعل ذلك وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل حبس حبساً في مرضه داراً له وجعلها بعد حبسه في سبيل الله حبساً ، فأراد أن يغير ذلك في مرضه أذلك له ؟ قال : نعم ، ذلك له .

قال محمد بن رشد : قوله إن له أن يغير ذلك في مرضه يريد فينفذ تغيره ويبطل الحبس إن مات من مرضه ذلك ، وأما إن صح فيلزمه الحبس ويُحْكَمُ به عليه وإن كان قد رجع عنه وغيره في مرضه ، ووجه ذلك أنه لما كان الحبس لا ينفذ إن مات من مرضه ذلك إلاَّ من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه ، فعلى قياس هذا إن مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا مال ، فلم يحمل ذلك ثُلُثُه تَحَاصًا في الثلث ولم يُبَدَّأ الحبس المبتل في المرض على الوصية بالمال، وهذا أصل قد اختلف فيه قولُ مالك فيمن بَتَّلَ عتق عبد له في مرضه وأوصى بعتق عبد له آخر، فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك أن المبتل في المرض يُبَدَّأُ على الموصى بعتقه، وأخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار ، وإياه اختار محمد بن المواز فعلى هذا لا يجوز للمريض تغير ما حَبَّسَهُ في مرضه ولا ما بَتَّلَ عتقه فيه ، وروى أشهب عن مالك أنهما يتحاصان المبتل في المرض والموصى بعتقه فيه ، قال أشهبُ وإنما ذلك عندي بمنزلة ما لو أوصى بعتق عبدين له في مرضه، ثم قال في أحدهما : أن صححت من مرضي فهو حر، فمات من مرضه أنهما يتحاصان ، وقال محمد ابن المواز أما هذا فكما قال ، ولا يشبه ذلك أن يوصي بعتق أحدهما ويبتل عتق الآخر في مرضه ، بأن يقول له أنت حر بَتْلاً عشت أو مت ، وقد قال لي بعض أصحاب مالك إن مالكاً رجع إلى هذا القول ، وعليه لقي الله عز وجل ، فقولُهُ في هذه الرواية له أن يغير حبسه الذي حبسه في مرضه يأتي على قول مالك هذا الذي رَجَعَ اليه من أنهما يتحاصان ولا يُبَدَّأُ المبتل في المرض على الموصي بعتقه ، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله
يسلف في المتاع والحيوان

وسئل مالك عن حائط كان صدقة فلم يزل ذلك يجري على

ولده للذكر مثل حظ الأنثيين فتزوج الرجل منهم المرأة ثم يموت فتذهب المرأة ولا حق لها وتتزوج المرأة من بناته ثم تموت فيذهب ولدها ولا حق لهم ويرجع نصيبها على من بقي من ولده ، فلم يزل ذلك حتى بقي بَعْدُ امرأةٌ ورجلٌ فكانا يأخذان للذكر مثل حظ الأنثيين ، ثم مات الرجل فصارت للمرأة الصدقة تأخذها كلها ، ثم هلكت وتركت أولاداً وَشَهِدَ رجالٌ بالسماع أنهم لم يزالوا يسمعون أنها صدقة ، هل ترى لولد المرأة في ذلك حقاً ؟ قال مالك : لا ، ولكن ترجع إلى الأقرب فالأقرب من عصبة المتَصَدِّقِ حُبُساً عليهم ، قال عيسى قلت لابن القاسم لم كانت للذكر مثل حظ الأنثيين ؟ قال : اشترط ذلك .

قال محمد بن رشد : قولُه وسئل عن حائط كان صدقة فلم يزل ذلك يجري على ولده ، معناه وسئل عن حائط كان صدقة تصدق به رجل على ولده فلم يزل ذلك يجري على ولده للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقوله وشهد رجال بالسماع أنهم لم يزالوا يسمعون أنها صدقة معناه لم يزالوا يسمعون أنها صدقة يتصدق بها ذلك الرجل حبساً صدقة على ولده ، هل ترى لولد المرأة في ذلك حقاً ؟ فقال : لا ، وذلك على مذهبه الذي يختلف فيه قولُه أن من حبس على ولده فلا يدخل في حبسه أولاد البنات إذ ليسوا بولد لهم حكم الولد في الميراث والنسب ، لأنهم وإن كانوا في حكم ولده في حقيقة التسمية في اللغة فهم ولد رجل آخر في التسمية والميراث والنسب ، فهو بهم أولى .

وقوله إنها ترجع إلى الأقرب فالأقرب من عصبة المتَصَدِّق حبساً عليهم صحيح بين لا اختلاف فيه ، لأنه حبس على غير معينين فلا ترجع إلى المحبس ملكاً في قول مالك وأصحابه أجمعين ، إلَّا أن يقول ما عاشوا فترجع إليه ملكاً على قول مطرف منهم خاصة ، وقد مضى هذا في أول رسم وفي غيره من المواضع وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم في رجل قال داري حبس على امرأتي ما عاشت فلم يُجِزْ ذلك الورثةُ ، قال : ترجع ميراثاً على فرائض الله إن شاؤوا باعوا ، وإن شاؤوا أمسكوا .

قال محمد بن رشد : معنى هذه المسألة إذا حبس الدار عليهما ما عاشت في مرضه الذي توفي منه أو أوصى بذلك ، وقوله إنها ترجع ميراثاً على فرائض الله إذا لم يُجِز ذلك الورثةُ معناه على أحد قولي مالك في أن الحبس على معين يرجع بعد انقراض المحبس عليه إلى المحبس ملكاً أو إلى ورثته بعده ، وأما على قوله الآخر إنها ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً ولا ترجع إليه ملكاً مطلقاً فإذا لم يُجِز ذلك الورثةُ يدخلون معها في سكنى الدار حياتها ، فإذا ماتت رجعت الدار إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً وسقط حقهم فيها ، ولو أسكنها في مرضه الدار ما عاشت أو أوصى لها بذلك لرجعت إذا لم يُجِز الورثةُ ميراثاً باتفاق والله الموفق .

مسألــة

قيل لابن القاسم فإن قال داري هذه حبس على امرأتي ما عاشت وبقية ثلثي لفلان وثلث الدار ، قال ابن القاسم : يقال للورثة أسلموا لامرأته ما حبس عليها، فإن قالوا لا ، فهم معها على فرائض الله يسكنون ، فإذا انقرضت إمرأته صارت الدار لِلذي أوصى له ببقية الثلث فإن أسلموا لامرأته الدار لم يكن للذي أوصى له ببقية الثلث شيءٌ حتى تموت امرأته فإذا ماتت المرأة أخذ الذي أوصى له ببقية الثلث الدارَ ، قال ابن القاسم : وسواء عليه قال في هذا الموضع حُبسا أو سكنى .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة يُبَيِّنها ما ذكرناه في المسألة التي فوقها ، وقول ابن القاسم في آخرها وسواء عليه قال في هذا الموضع حبساً أو سكنى ، صحيحٌ لأنه قد بين المرجع ونص عليه بقوله وبقية ثلثي لفلان فلا يدخل في هذه المسألة اختلافُ قول مالك فيمن حبس على معين هل يرجع الحبس إليه أو إلى أقرب الناس به حبساً عليهم ، كما دخل في المسألة التي فوقها وباللَّه التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم : وإن أسكن داراً له أجنبياً حياته ثم مات الذي أسكن رجعت ميراثـاً لأقرب النـاس بالمُسْكِنِ يـوم مات المسكن ، وإن حبس على أجنبي حياته ثم مات الذي حبـس عليه رجعت حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم ترجع .

قال محمد بن رشد : أما إذا أسكن داراً له أجنبياً حياته فلا اختلاف ولا إشكال في أنها ترجع إلى المُسْكِن ملكاً يوم مات المُسْكَن ، وأما إذا حبس على أجنبي حياته ثم مات الذي حبس عليه ، فقيل إنها ترجع إلى المحبس ملكاً مطلقاً وقيل إنها ترجع إلى أقرب الناس به حبساً عليه اخْتَلَفَ في ذلك قولُ مالك ، فقوله في هذه المسألة رجعت حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم ترجع يريد على أحد قولي مالك ، وهذه المسألة تبين أنه لا فرق إذا حبس على معين بين أن يقول حياتَه أو يسكت عن ذلك في ان اختلاف قول مالك يدخل في ذلك دخولاً واحداً خلافُ ما ذهب إليه محمد بن المواز من أنه إذا حبس على معين وقال حياتَه أو سمى أَجَلاً خرجت المسألة من الخلاف حسبما ذكرنـاه عنه في أول رسم من السماع وباللَّه التوفيق .

ومن كتاب الشريكين يكون لهما مال

قال وسألت مالكاً عن رجل حبس داره على مواليه ثم هلكت فقام موالي الموالي فقالوا : نحن معكم ، وقال الموالي : نحن أحق بها ، قال : أراهم كلَّهُم فيها وأراها حبساً على الموالي وموالي الموالي يدخلون معهم .

قال محمد بن رشد : قولُه أراهم كلهم فيها ظاهرُه أنه لا يؤثر الأقرب منهم على الأبعد اذا استوت حاجتهم ، وذلك ما مضى في أول رسم من السماع ، وكذلك اختلف أيضاً في تفضيل الآباء على الأبناء حسبما مضى تحصيل القول فيه في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وباللّه التوفيق .

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وسئل عن رجل حبس حبساً داراً له وأرضا على رجل حياته فبنى في الدار مسكناً أو غرس في الأرض نخلاً ، ثم مات ، فقال : إن أَرْضَى صاحبُ الدار ورثة الرجل فذلك له وإلاّ قلعوا نخلهم وأخذوا نقضهم من الدور .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والكلامُ عليها مستوفى فيما تقدم في هذا الرسم في بعض الروايات فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب البَزِّ

قال وسئل مالك عن رجل حبس جارية له على أخته وأمه حبساً صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ، وأيهما ماتت قبل صاحبتها فهي

على الباقية منهما فماتت أخته فأراد أن يُبَتِّلَها لأمه تبيعها أو تَصْنَعُ بها ما شاءت ، قال : أرى ذلك له إن شاء بعد تفكره فيها ، وكأنه لم يرها من ناحية الدور ، قال ابن القاسم : ولو أن رجلاً حبس داراً أو أرضا ثم أراد أن يفعل ذلك لم يكن ذلك له إلاَّ أن يكون اشترط أن مرجعهما إليه فهو يجوز أن يفعل ذلك ، ويفعله في غيرهما بعدهما إن أراد ذلك .

قال محمد بن رشد : إنما أجاز له أن يُبَتِّلَهَا لأمه لأنه رأى أنها ترجع إليه بعد موتها ملكاً مطلقاً ، ولا ترجع بمرجع الأحباس كالدور ، وهو معنى قوله : ولم يرها من ناحية الدور ، وإنما لم يرها كالدور لأنه رأى التحبيس المعقب المحرم فيها مكروهاً، واستحب له أن يَصْرِفَهُ إلى ما هو أفضل منه ، فرأى تبتلها لأمه أفضل لما في ذلك من البر بأمه ، ورفع الضرر عن الجارية ما يُرجى لها من العتق، وهذا هو معنى ما في كتاب ابن المواز من قوله في هذه المسألة وكأنه رَآهُ من ناحية البِرِّ وفي رسم استأذن من سماع عيسى بعد هذا أنها ترجع بمرجع الأحباس كالدور ، وقد مضى الكلام على هذا المعنى وما يتعلق به مما هو من معناه في أول مسألة من الكتاب وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالك عن رجل تصدق بدار له حبساً على ولده وولد وَلَدِه فخرج إنسان منهم إلى بعض البلدان ثم قدم فأراد أن يسكَن الدار ويخرج له بعض من يسكنها من منزله الذي كان يسكنه ، قال مالك : إن كان خرج في تجارة أو في طلب حاجة فإني أرى ذلك له ، وإن كان انقطع إلى بعض البلدان ثم بدَاله فرجع لم أرَلَهُ أن يُخْرَجَ له من منزل كان يسكنه أحد ممن يسكنه .

قال محمد بن رشد : هذا من قول مالك ، وما قال ابن القاسم في المدونة يبين قوله المتقدم في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم ، وقد ذكرنا

ذلك هنالك وَمَا يمكن أن يُقَامَ من قوله في المدونة، وقال علي في روايته: [إن غاب مُسْجَلٌ(١١)] ولم يذكر ما قال ابن القاسم وهذا في السكنى، وأما في فضلة الكراء والغلات من الثمرة وغيرها فإن حق من انتجَعَ وغاب لا يسقط وانما يسقط عنه السكنى إذا لم يكن فيه فضل، قاله مالك في النوادر، وقال ابن القاسم فيها وأما(١٢) ذلك فيمن حبس على ولده أو لد فلان أو آل فلان، فأما على قوم بأعيانهم ممن ليس على العقب فإن حق من انتجع منهم ثابت في السكنى وهم فيه على السواء حاضرهم وغائبهم وفقيرهم وغنيهم وبالله التوفيق.

مسألـة

وسُئِلَ عن رجل حبس داراً له على أربعة نفر من ولده وشرط في حبسه أن من مات منهم من ولده فولده على مصابته من الحبس، فمات اثنان منهم وترك أولاداً فكان الأخوان منهما لا أولاد لهما، ثم مات أحد الباقين ولا ولد له فلمن ترى نصيبه؟ قال: أرى أن يرجع حبساً على جميع ولد إخوته الميتين وأخيه الباقي ويُخَصُّ بذلك أهل الحاجة منهم دون الأغنياء، ولا تكون فيها قسمة وأرى أن يؤثر أهل الحاجة منهم من ولد بني الأخ والأخ.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لما شرط أن يكون حظ من مات منهم لولده رجع الحبس بذلك معقباً على غير معينين، وكان الحكم فيمن مات منهم وَلاَ ولد له أن يرجع حظه على جميع من في الحبس من أهل الحاجة كمن حبس على ولده وعقبهم وفيهم غنى ومحتاج أن الحبس يقسم على أهل الحاجة من الأخ وبني الأخ دون الأغنياء منهم، ولا يقسم عليهم بالسواء، وهو

(١١) بياض بالأصل لم يتبين من نسخة ق ٣، وما كتب بين معقوفتين هو من نسخة ق ١.

(١٢) في ق ١: وانما ذلك.

الذي أراد بقوله ولا يكون فيها قسمة ، وقد قيل إن الحبس المعقب يقسم على السواء بين الغني والفقير وقيل إنه يبدأ الأقرب على الأبعد وقد مضى بيان ذلك كله وتحصيله في آخر أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله الموفق .

ومن كتاب أوله نَذَرَ سَنَةً يَصُومُهَا

وسئل مالك عن رجل حبس داراً له على ولده وشرط أن من تزوج من بناته فلا حق لها إلاَّ أَن تَرُدَّهَا رَادَّةٌ أترى أن يُنْقَضَ ذلك وَيَنْحَلُّ الحبسُ، قال: نعم، إني لأرى ذلك وجهَ الصواب، وكأنه أعجبه نقضه.

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والقولُ فيها في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألـة

وسئل عن الرجل يحبس دوره على وُلْدٍ لَهُ صِغَارٍ فيشترط أنه القائم بأمرهم حتى يبلغوا ، قال إني لأكره ذلك ، قال ابن القاسم وقال مالك : وإذا لم يشترطه وكان الولد صغاراً فلا بأس به إذا لم يكن فيهم كبير قد بلغ حد الرضى .

قال محمد بن رشد : وقع في كتاب التفسير قال يحيى : قلت لابن القاسم لِمَ كَرِهَهُ مالك ؟ قال لأنه قد اشترط في حبسه ملكاً له ثابتاً يحكم به في ذلك الحبس حَتَّى يموت، قلت: وما بأس ما اشترط من ذلك؟ قد كان له بلا شرط، أَلَا ترى أنه الحائز على ولده والقائم لهم بلا شرط؟ مثل ما اشترط لم يزدد بشرطه المُشْتَرَط شيئاً على ما كان يصنعه بغير شرط ، قال : سأله عنه ابن أبي موسم فنهاه عنه وكرهه ، قلت أرأيت إن وقع الأمر به ، فمات وولده أصاغر أَيُفْسِدُ هذا الشرطُ شيئاً من حوزه عليهم ؟ قال : لا بل أُجير الصدقة ، وإنما

كره له الشرط فإن وقع لم تفسُدْ الصدقة ، هذا نص مَا وَقَعَ في كتاب التفسير ، فقال بعض أهل النّظَرِ هذه كراهية لا وجه لها ، لأنه اشترط ما يوجبه الحكمُ له ، واشتِرَاطُ ما يوجبه الحكم لا وجه لكراهيته .

والكراهيةُ فيها بينة لوجهين أحدهما أنه لما شرط أنه القائم بأمرهم فقد منع نفسه ما كان له جائزاً من أن يُولِي غيرَه يقوم به لهم ، والثاني أنه قد اشترط أنه القائم بأمرهم حتى يبلغوا ، وبلوغهم لا يكون في وقت واحد فكان قد اشترط في ظاهر أمره ألّا يسلم لمن بلغ منهم حظه حتى يبلغوا كلهم وهذا مما يبطل الحيازة ، لأنه إن بلغ فلم يدفع إليه حظه . ومات وهو في يديه بطلت الصدقة في حظه ، وفي المسألة وجه ثالث يصحح الكراهة ، وهو اشتراط ذلك حتى يبلغوا ، وقد يَبْلُغُوا وهم لا تُرْضَى أحوالهم ولا تجوز أفعالهم ، فبطل أن يكون الشرط صحيحاً ، ولو اشترط أن له أن يحُوزَ لكل واحد منهم حظه حتى يبلغ ويملك أمر نفسه لَتَخَلَّصَ من هذه المعاني كلها وصح اشتراطه ، ولم يكن فيه وجه للكراهة والله أعلم وبه التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع عن مالك رواية سحنون بن سعيد من كتاب العتق

قال أشهب وسمعت مالكاً وسئل عمن أعْمَرَ أُمَّه (عبدين) حياتها وشرط إن مات قبلها فهما لها حياتَها وإن ماتت قبله فهما عليه رَدٌّ ، ثم حضرته الوفاة قبلها فأَعْتَقَ أحدهما ، قال : لا يجوز ذلك إلّا أن تجيز أمه ذلك ، فإن أجازت ذلك وطاعت بعتقه جاز وعتق ، ولم ينظر إلى ما يقول الورثة ان مرجعه إلينا وإن لم يجز عتق إذا ماتت أمه وكانت تلك البقية في ثلثه .

قال محمد بن رشد : حكم العُمرى أن تكون للمعمَر حياتَه عاش

المعمِرُ أو مات قبل ذلك ، فإذا مات المعمَر رجعت العمرى إلى المعمِر إن كان حياً ، وإن كان قد مات رجعت إلى ورثته يوم مات ، فقوله وشَرَطَ إن مات قبلها فهما لها حياتَها ، وإن ماتت قبله فهما عليه رَدٌّ ، ليس بشرط يُحِيلُ العمرى عن حكمها وسبيلها ، وإنما هو بيان لحكمها ، والمُعْمِر لا يملك من العبدين إذا أعمرهما أمه إلاّ المرجع بعد وفاتها ، وهو مجهول ، إذ لا يدري متى تموت فيجوز له أن يهبه ويعتقه في صحته ولا يجوز له أن يبيعه إلا من أمه ، ويجوز له أيضاً أن يعتقه في مرضه إن حمله ثلثه ، ويختلف فيما بَتَّلَهُ المريض في مرضه هل ينظر فيه وهو مريض أو بعد موته ، فقيل إنه ينظر فيه في مرضه فإن حمله الثلث عتق ، وقيل إنه لا ينظر فيه إلا بعد موته إذ قد يذهب مالُه في مرضه فيكون للورثة في ذلك .

حُجَّةٌ من أجل أنه لا ينفذ قضاؤه بعد موته في أكثر من ثلث ماله ، فرأى مالكٌ في هذه المسألة إن أجازت أمّه ذلك وطاعت بترك حقها في خدمته أن ينظر بذلك في مرضه ، ويُعَجِّلَ له العتق إن حمل ثلثه المَرْجِعَ بأن يُقَوَّم على غرره ، ولم ينظر إلى ما يقوله الورثة إن أرادوا ألا يُنْظَرَ فيه إلاّ بعد موته ، وهو معنى قوله : ولم ينظر إلى ما يقوله الورثة : إن مرجعه إلينا ورأى إن لم تُجِزْ الأم ذلك لا ينظر فيه حتى تموت ، إذ لا سبيل إلى تعجيل عتقه من أجل حقها في خدمته طول حياتها ، فإذا مات نظر فيه ، فإن حمل ثلثُه المرجعَ على غرره عتق جميعه بعد موتها ، وهو معنى قوله وإن لم تجز عَتَقَ إذا مات وكانت تلك البقية في ثلثه يريد المرجع على غرره ، وإن لم يحمل الثلثُ المرجعَ عتق منه بعد موتها ما حمل الثلث منه ، فهذا معنى قول مالك في هذه المسألة ووجهُهُ مشروحاً مبيناً .

وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها : هذا الكلام فيه نظر فتدبره والذي ينبغي إن لم يُجز الورثةُ ذلك أن يكون المرجع من الثلث أجازت الأم أو لم تجز ، فإن أجازت عجل العتق ، وإن لم تجز عجل بعد موتها .

وكلامه هو الذي فيه النظر ، لأنه حمل قول مالك على غير وجهه ، فتأول عليه أنه أراد بقوله ولم ينظر إلى ما يقوله الورثة أنه يعجل له العتق إذا أجازت الأم وطاعت ، وإن لم يحمل ثلثُه المرجعَ ، وهو تأويل خطأ لا يصح أن يُتَـأَوَّل مثلُهُ على مالك ، ومعناه إنما هو ما ذكرناه من أنه لا ينظر إلى قولهم إن أرادوا تأخير النظر في تقويم المرجع في الثلث إلى أن يموت إذا أجازت الأم . فالمسألة صحيحة بينة مستقيمة لا نظر فيها ولا إعتراض وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على المساكين أيقسم على المساكين بينهم تمراً أمْ يباع ثم يقسم ثمناً بينهم ، فقال : ذلك يختلف ، وذلك إلى ما قال فيه المتصدق ، أو إلى رأي الذي يلي ذلك واجتهاده إن كان المتصدقُ لم يقل في ذلك شيئاً ، إن رأى خيراً أن يبيع ويقسم ثمنه وإن رأى خيراً أن يقسم تمره قسموه تمراً فذلك يختلف ، وربما كان الحائط نائياً بالمدينة ، فإن حُمِلَ أَضَرَّ ذلك بالمساكين حملُه ، وربما كان في الناس الحاجة إلى الطعام فيكون ذلك خيراً لهم من الثمن فيقسم إذا كان هكذا فهو أفضل وخير ، وهذه صدقات عُمر بن الخطاب منها ما يُباع فيقسم ثمنُهُ ومنها ما يُقسم تمراً .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إن ذلك مصروف إلى اجتهاد الناظر في ذلك إن لم يقل المتصدق في ذلك شيئاً ، وإن قال فيه شيئاً وَحَدّ فيه حَدّاً وجب أن يتبع قوله في صدقته ولا يخالف فيه حَدُّهُ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل توفي فأوصى في غنم له بأنها حبس على يتيمين ليسا من الورثة ، وجعلها على يدي ابن له كبير ، وقال من مات منهما فلا حق له ومن ارتغب فلا حق له ، فمات أحدُهما ثم ارتغب الآخر منهما [فلمن تراها؟][١٣] فقال: ما أراها إلّا للآخر منهما، قيل له إنه حبسها عليهما لهذا منها قطيع عليه [سِمَتُهُ ولهذا][١٣] قطيع عليه سِمَتُهُ وقال من مات فلا حق له فمات أحدهما [ثم] ارتغب الآخر فلمن تراها ؟ فقال : ما أراها إلّا للآخر منهما ، أرى هذا إنما أراد مثلَ ما يقول بعضُ الناس يحبس على الجماعة ويقول من هلك فلا حق له فأراها للآخر منهما ، قيل له إنه قد كان في وصيته من إرتغب فلا حق له فقد هلك واحد وارتغب الآخر فخرج ، وقد بلغ وصار رجلاً ، فقال ما أَرَاها إلا للباقي وأحرى به أن يرجع فلو وقفت هذه الغنم حتى يرجع هذا الذي ذهب ، قيل له إن بعض العلماء قال : يُرْجَعَ على الوارث ، فقال : والله ما أرى ذلك قد أوصى بها وحبسها فكيف ترجع على الوارث ؟ .

قال محمد بن رشد : قوله ارتغب واغترب سواء مثل جذب وجبذ وقيل ليس هو من المقلوب ، وإنما هو مأخوذ من الرغبة في الشيء ، والرغبة عنه ، فمعنى ارتغب رغب عن سكنى البلد ورَغِبَ في سكنى سواه ، فخرج اليه ، وقال ابن لبابة أرْتَغِبُ أترِكُ ، فالمعنى المرادُ مفهوم معلوم وإن اختلفت الالفاظ، وحمل قوله من اغترب فلا حق له أي لا حق في حين مغيبه لا أنه يسقط حقه بمغيبه جملة كالموت ، فلذلك قال : فلو وقفت هذه الغنم حتى يرجع ، وقوله في رواية أشهب هذه عنه : إن حظ الميت من الغنم وإن كانت مَوْسُومَةً

---

(١٣) زيادة من نسخة ق ١ .

يرجع على صاحبه خلافُ قوله في رواية ابن القاسم عنه في أول سماعه إن حظ الميت من خدمة الخادم إذا حبسها على قوم مفترقين وقسم الخدمة بينهم ترجع إلى المحبس لا إلى أصحابه ، فعلى قوله في سماع ابن القاسم يكون حظ الميت من اليتيمين من الغنم الموسومَة للمحبِس ويوقف حظ الغائب وحده حتى يرجع ، وهذا القول هو الذي أنكره لما قيل له : إن بعض العلماء قاله ، فقال والله ما أرى ذلك ، قد أوصى بها وحبسها فكيف ترجع إلى الوارث ؟ وقد يحتمل أن يكون إنما أنكر قول من قال إن من اغترب يسقط حقه ويرجع إلى الوارث الذي له المرجع ولا يعود إليه إن رجع من اغترابه . على ظاهر قوله ومن اغترب فلا حق له ، إذ لم يقل إلا أن يرجع فهو على حقه .

فيتحصل في المسألة ثلاثةُ أقوال حسبما ذكرناه في سماع ابن القاسم **أحدها** أن حظ الميت من الغنم يرجع إلى المحبس ويوقف نصيب الغائب وحده كانت الغنم قد قسمها المحبس بينهما وَوَسم نصيبَه كلٌّ واحد منهما أو لم يقسمها ، **والثاني** أن حظ الميت منهما يرجع على صاحبه فيوقف جميعُ الغنم إذا غاب الثاني حتى يرجع فيأخذها ، وهو قوله في هذه الرواية ، **والقول الثالث** الفرق بين أن يكون قد قسم الغنم بينهما أو لم يقسمها ، فإن كان قد قسمها بينهما ووسم نصيب كل واحد منهما رجع نصيب الميت منهما إلى المحبس ، ووقف للغائب نصيبه خاصة ، وإن كان حبسها عليهما ولم يقسمها بينهما رجع نصيبُ الميت منهما إلى صاحبه ووقفت له جميع الغنم إذا غاب حتى يرجع ، وهذا هو أظهر الأقوال والذي اختاره سحنون ، وإذا وقفت الغنم كلها أو حظ الغائب منها على الاختلاف المذكور فالغلةُ في حين التوقيف للوارث الذي له المرجع ، وقد قيل إن الغنم لا توقف وتدفع إلى الوارث يستغلها ، فإن رجع الغائب رُدَّتْ إليه الغنمُ يستغلها حتى يموت ، فترجع إلى الوارث . وأما إن مات قبل أن يَرجع صحت للوارث مِلكاً ، وقد قيل إن الغلة توقف فإن رجع [أفادها] وإن مات كانت للوارث ، وهذا القول قد أنكره في رسم الصبرة وبَيّنَ وجهَ فساده وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع الأول

وسُئِلَ عمن حبس على أمه وصيفة له حياتَها فَحَازَتْها ثم توفي ابنها وعليه دين فأرادت الأم ان تَبْتَاعَ مرجعَ الجارية من الغرماء لتكون لها الجارية بَتْلاً أيصلح ذلك ؟ فقال : لا ، ولا يصلح شيء من ذلك حتى تموت فيتحاص فيها الغرماء .

قال محمد بن رشد : أجاز في رسم طلّق من سماع ابن القاسم وفي غير ما موضع لمن أَمْتَعَ شيئاً حياتَه أن يشتري المرجعَ من الذي أمتعه المنافعَ حياتَه ، وكذلك يجوز له أن يبتاعه من ورثته ، ولم يجز في هذه الرواية ان يشتري الذي أُخْدِمَ الجاريةَ حياتَه مرجعَها من الغرماء ، فقيل إن ذلك اختلافٌ من القول ، وقيل بل تفترق المسألتان ، وقد مضى القولُ على هذا مستوفى في رسم شك من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئِلَ عمن حبس داراً له على أقاربه اثنا عشرة سنة ثم مات بعد شهرين فَجَاءَ آتٍ إلى الورثة فقال : بيعوني مرجع هذه الدار ، فقال : لا يعجبني هذا لعل الدار ترجع متهدمة أو غير ذلك لا يدري كيف ترجع ، واثنتا عشرة سنة كثيرٌ ، أرأيت لو كان ذلك عشرين سنة أو ثلاثين سنة ، ولكن لو كان شيء يسير ، قيل له أَلَيس للرجل أن يَتَكَارَى الدارَ اثنا عشرة سنة ، فإن أصابها شيءٌ رجع فأخذ منه كراءَه ؟ قال : بلى ، قيل له كيف لا يشتريها بعد عشر سنين ؟ قال له مالك : أليس يستأجر العبدَ سنة ؟ فقال : بلى ، فقال مالك : فيشتريه بعد سنة ، لا يصلح هذا ، قلت له أرأيت إن اشترى مرجعَ

الدار بعد اثنتا عشرة سنة ولم ينقد حتى ترجع الدار ، فقال : ما يعجبني هذا نَقَد أو لم يَنْقُد ، هذا بعيد .

قال محمد بن رشد : إذا لم يجز أن يبتاع مرجع الدار بعد اثنتا عشرة سنة لأن البناء يتغير عنده إلى هذه المدة فلا يدري كيف ترجع الدار فلا فرق في هذا بين ان ينقد أو لا ينقد ، وكذلك على هذا لا يجوز لمن باع داره ان يستثني سكناها اثنتا عشرة سنة ، إذ لا فرق بين أن يستثني البائع السكنى أو يكون لغيره فيشترطه على المبتاع ، ومثل هذا في رسم البيع والصرف من سماع اصبغ بعد هذا في العشرة الأعوام ، وقد اختلف في ذلك فتقوم إجارته من مسألة كتاب العارية من المدونة في الذي يستعير الأرض من الرجل على أن يبنيها ويسكنها عشر سنين ، ويكون البناء لصاحب الدار أن ذلك جائز إذا بَيّن البُنْيَانَ على ما قاله بعض أهل النظر .

والصوابُ أن مسألة العارية من المدونة صحيحة خارجة من الاختلاف ، لأن كل ما بَنَى المستعير شيئاً وجب لصاحب العرصة ، فلا غرر في ذلك وإن طالت المدة ، وَأَجَازَ ذلك أيضاً ابنُ القاسم في كتاب ابن المواز ومثلُه لابن شهاب في المدونة ، وقد قيل : إن أبعدَ ما يجوز من ذلك السنةُ ، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى من كتاب السلم والآجال ، وروى ابنُ وهب عن مالك السنةَ ونصفاً ، وروى عن سحنون الثلاثةُ الأعوام ، ويقوم من قوله في سماع أبي زيد من كتاب طلاق السنة إجازةُ الخمسة الأعوام من مسألة الذي يشتري الدار ويشترط عليه فيها سكنى المرأة طول عدتها فَتُسْتَرَابُ أنه لا كلام للمشتري في ذلك إلى انقضاء الرِّيبَةِ وهي الخمسة الأعوام ، لأن المشتري قد تقدم على ذلك ، وأما الأرض فيجوز فيها استثناء العشرة الأعوام عند ابن القاسم على ما وقع له في سماع أصبغ بعد هذا ، وقال المغيرة : يجوز في الدار العشرةُ الأعوام وفي الأرض السنين ذوات العدد ، وهذا الاختلاف إنما يرجع إلى ما يغلب على الظن أن البناء يتغير فيه ، فمرة رأى أنه لا يُؤْمَنُ تغيُّره

في أكثر من عام ، ومرة رأى أنه لا يُؤمَنُ تغيره في أكثر من عشرة أعوام ويؤمن في العشرة فما دونها . وينبغي أن يُنْظَرَ في هذا إلى جَوْدَةِ البناء ووثاقته ، فرب بناء يتغير في أكثر من عام ورب بناء لا يتغير في العشرة الأعوام وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

وسُئِلَ عن رجل حبس غلاماً له على ابنه حتى يستغني ما حَدُّ الاستغناء ؟ قال : يلي مالَه ونفسَه وتلا هذه الآية : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى ﴾(١٤) .

قال محمد بن رشد : هذا بين إن كان حبَّسه عليه ليتصرف له فيما يحتاج إليه من حَوائجه فيكون معنى الإستغناء أن يستغني بذاته عنه فيما يحتاج إليه من أموره ، ولو كان عبداً للخدمة فحبسه عليه ليخدم له في صنعته الخدمة التي لا تُشْبِهُ أن يَلِيها هو بنفسه لكان وجه الاستغناء في ذلك أن يقدر على العِوَضِ منه بوجه من الوجوه ، وبالله التوفيق .

تَمَّ الأولُ من جُزْءَي كتاب الحبس بحمد الله تعالى .

---

(١٤) الآية ٥ من سورة النساء .

كتاب الحبس الثاني

من سماع عيسى من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى : وسئل ابن القاسم عن رجل حبّس داره على ولده وقال لفلان ربعُها لأحدهم في حبس واحد وكلام واحد إنه ليس له منها إلّا الربع الذي سمى له ، ولو أنه حبس عليه حبساً ثم حبس بعد ذلك حبساً آخر على جميع ولده أنه يدخل معهم .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال في المسألتين جميعاً لأنه إذا حبس على ولده وقال ربعها فقد جعل الثلاثة الأرباع لسائِرِهِم قَلُّوا أو كثروا ، وإذا حبس عليه حبساً ثم حبس بعد ذلك حبساً آخر على جميع ولده وجب أن يدخل معهم لأنه من ولده وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال فيمن حبس حبساً على قوم وهم مُتَكَافِئُون في الغِنَى والإقلال ، قال أرى أن يجتهد في ذلك ليسكَن فيها من رأى ، أو يُكْرِيَها فيقسم كراءها عليهم ، قيل له فإن سبق بعضهم اليها فسكن ؟ قال : من سبق فهو أولى ولا يخرج منها .

قال محمد بن رشد : معناه في غير المعينين مثل أن يحبس على أولاده أو أولاد فلان ، وأما إن كان الحبس على قوم بأعيانهم مسمين ليس على التعقيب فلا يستحق السكنى من سبق اليه منهم ، كلهم فيه وفي غيره سواءً ، حاضرهم وغائبهم ، قاله ابن القاسم ، قال محمد وفقيرهم وغنيهم سواء ، ولا اختلاف أعلمه في هذا وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ابن القاسم في الحبس قال كل ما كان يرجع ميراثاً فهو على أقرب الناس في يوم يموت، وكل ما كان يرجع حبسه فهو أقرب الناس به يوم يرجع من وَلَدٍ أو عصبة، فإن كانوا بنات وعصبة فهو بينهم إن كان فيه سعة، فإن لم يكن فيها سعة فالبنات أولى بها من العصبة وأَقْعَدُ من العصبة، إلَّا أنهن لا يَحُزْنَ وتدخل معهن الأم لأن لها حقاً ولا ترجع مَعَهُنَّ زوجة.

قلت فإن لم يكن له أم وكانت له جدة أتكون بمنزلة أُمٍّ ، أَمْ لَا؟ قال : أرى ذلك، وقال إذا اشترط مرجعـها إليه فإنها ترجع ميراثاً بين ورثته يوم يموت، وأما إذا لم يشترط فإنها ترجع حبساً على عصبته وأقرب الناس إليه يوم يرجع.

قال محمد بن رشد : قوله في أول المسألة كل ما كان يرجع ميراثاً فهو على أقرب الناس به يوم يموت، ليس على ظاهره، والمراد به فهو على أحق الناس بميراثه يوم يموت على ما قال بعد ذلك، وإذا اشترط مرجعها إليه فإنها ترجع ميراثاً بين ورثته يوم يموت، وهذا مَا لَا اختلاف فيه أن ما كان يرجع ميراثاً فهو على أحق الناس بميراثه يوم مات، وأن ما كان يرجع حبساً فهو على أقرب الناس به يوم يرجع، وقد وقع في كتاب الهبات في المدونة في هذه

الألفاظ[١] غير بينة ترد بالتأويل إلى هذا الذي ذكرناه، إذ لا اختلاف فيه.

وقوله إن البنات أحق بمرجع الحبس من العصبة إذا لم يكن فيه سعة صحيح، لأنهن أقرب إلى المحبس من عصبته، وقوله إلا أنهن لا يحيزون[٢] معناه أنه لا ينفردن بالمرجع دون من هو مِن المحبس بمنزلتهن، وهي الأم على ما ذكره، لأنها أقرب النساء إليه من فوق، كما أنهن أقرب إليه من أسفل، فتدخل معهن فيه الأم لاستوائها معهن في القرب حسبما وصفناه، ويكون بيبهن على عددهن إن كانت البنات ثلاثاً كان للأم معهن من المرجع الربع.

وقوله فإن لم تكن له أم وكانت جدة أتكون بمثابة أُمٍّ، أم لا؟ قال: لا أرى ذلك، معناه أنها لا تكون بمثابتها فتدخل مع البنات في المرجع، لأنها أبعد من المحبس منهن، لا أنها لا تكون بمثابة الأم إذا لم يكن المحبس أقربَ إليه منها، لأن الأم إذا دخلت في مرجع الحبس على القول بأنها تدخل فيه فأمه أيضاً تدخل فيه، وقد قيل معناه إنه لا دخول للجد في مرجع الحبس بخلاف الأم، والأول أظهر والله أعلم، وكذلك تدخل الأم مع بني المحبس الذكر كما تدخل مع البنات على هذه الرواية، وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم تحصيلُ الاختلاف فيما يرجع حبساً هل يدخل فيه النساء أم لا ؟ ومن يدخل فيه منهن إن دخل وبالله التوفيق .

ومن كتاب استأذن سيدَه في تدبير جاريته

وسألته عن الرجل يُحَبِّسُ على أولادٍ له صغار وكبار داراً ووكَّل

(١) كذا بالأصل ، وفي نسخة ق ١ : في هذا ألفاظ ، وهو الصواب .

(٢) في نسخة ق ١ : لا يُجَوِّزْنَ ، بالاسناد إلى نون النسوة .

عليها من يحوزها لهم ويكريها، وكيف إن قال أولاده الكبار نحن نَحُوزُها لأنفسنا؟ قال : لا يكون ذلك لهم، وهي على ما وضعها عليه، قلت أيكون ذلك إليه ما عاش المحبس وبعد موته؟ قال : نعم، ذلك إليه ما عاش، قلت فإذا مات فله أن يسنده إلى أحد؟ قال : لا، إذا مات وكان المحبس حياً كان ذلك إليه أيضاً بجعله إلى من أحب، وإن كان قد مات نظر السلطان في ذلك فجعله إلى من رأى، وإن كان الكبار أهل رضى حَازوا لأنفسهم بعد موت الوكيل.

قيل له: فإن مات الوكيل بعد موت المحبس وقد قال المحبس للوكيل إن حدث بك حَدَثُ الموت فأسنده إلى من شئت فمات فأسنده إلى غيره قال وصيته جائزة، وليس للكبار ولا للصغار في ذلك كلام، قيل له فإن كان لم يقل له إذا مت فأسنده إلى من شئت فمات الوكيل بعد موت المحبس وقد أوصى المحبس إلى رجل بتركته أيكونُ الوصيُّ الناظرَ للصغار؟ قال يكون ذلك إليه ويكون مكانه، وروى أصبغ عن ابن القاسم مثله.

قال محمد بن رشد : هذا كما قال، لأن الحبس ليس بملك للمحبَّس عليه كالهبة التي هي ملك للموهوب له، فلا يصح للواهب أن يجعلها له على يدي غيره إذا كان كبيراً وإنما يَغْتَلُّهُ المحبَّسُ عليه على ملك المحبس فللمحبس أن يوكل عليه من يحوز للكبير ويُجْرِي عليه غلته ويحوز عليه في حياته وبعد مماته في ذلك، وكذلك إن كان المحبس عليهم صغاراً وكباراً فليس للصغار منهم إذا كبروا أن يَحُوزُوا لأنفسهم في حياة المحبس ولا بعد موته.

ولو كانوا صغاراً كلهم يومَ وَكَّل الوكيلَ على القبض لهم كان لهم إذا كبروا أن يقبضوا لأنفسهم، قال محمد بنُ المواز، وحكمه حكم الوكيل في أنه

ليس له أن يوكل غيره ولا أن يوصي بذلك إلاَّ أن يجعل ذلك إليه، ويُنزَّل وصيُ المحبس منزلة الوكيل على الحبس في النظر فيه بعد موت الوكيل لِما ذكرناه من أنه إنما يَغْتَلُّهُ على ملكه، فوجب أن ينظر فيه الوصي كما ينظر في سائر مال من أوصى إليه، ولو قال له إذا مت فأسنده إلى من شئت فمات فأوصى إلى رجل بالنظر في ماله وعلى من يصح له التقديم عليه من بنيه لكان له النظر في الحبس الذي كان وكل على النظر فيه وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يحبس مائة دينار على وارث ثم على رجل من بعده، قال: يقسمها الورثة على قدر سهامهم من الميت، فينتفعون بها حتى يموت الوارث الذي حبست عليه، فإذا مات رجعت إلى الأجنبي الذي حبست عليه بعد الوارث، فإذا مات الذي حبست عليه بعد الوارث رجعت ميراثاً بين من ورث الميت المحبِّس يقتسمونها على فرائض الله، فمن مات ممن ورث الميت المحبِّس فحقه لورثته.

قلت ولا يرجع حبساً؟ قال: لا يرجع عليه حبساً ولا يرجع حبساً إلا الدور والعبيد ونحوهم، لأن مالكاً قال لي: لو أن رجلاً حبس مائة دينار على رجل فأخذها فنقصت عنده أو ضاعت كان ضامناً لها، فليست الدنانير والدراهم حبساً.

قلت أرأيت من حبس حلياً أو ثياباً أو شيئاً مما يغاب عليه أهو بمنزلة الدنانير والدراهم؟ وهل يصدق في ذلك الذي حُبِّسَ عليه إذا قال ضاع مني؟ قال: بل أراه ضامناً ولا يصدق فيما ادعاه من هَلاَكِهِ أَلاَ ترى أن المحبس كان بمنزلة السلف في الدنانير، ألاَ ترى لو أن رجلاً أعار رجلاً ثوباً (سَنَةً) فضاع منه في السَّنَةِ كان ضامناً، فإنما

حبس ما يُغَابُ عليه مثلُ العارية التي يغاب عليها أو السلف.

قال محمد بن رشد: قولُه إلَّا الدور والعبيد ونحوهم خلافُ ما مضى في رسم البز من سماع ابن القاسم في العبيد، لأنه قال فيه في الأمَةِ إنها لا ترجع بمرجع الأحباس خلافُ الدور، وقد مضى الكلامُ على هذا المعنى وما يتعلق به مما هو في معناه مستوفى في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله يُوصِي لِمُكَاتَبِهِ

قال ابن القاسم: قال مالك في الذي يحبس الحائط على بنيه الذكور والإناث فمن تزوج من البنات فلا حَقَّ لها إلَّا أن تردها رَادَّةٌ ثم هو بعد ذلك حبس على موالي، فمات البنون كلهم إلَّا ابنةٌ واحدة متزوجة ما يصنع بالغلة؟ قال مالك: تكون للموالي أبداً حتى ترجع الإِبْنَةُ ولا تحبس الغلة (عنها)[3] عليها.

قال محمد بن رشد: مالكٌ يَكْرَهُ الحبس على الولد بشرط إخراج البنات منه وَيَرَى وجه الشأن فيه أن يُنْقَضَ ويدخل فيه البنات ما لم يفت، وقد مضى الكلامُ على ذلك في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، فإذا فات ولم يرد مضى على شرطه، فإن تزوجت منهن واحدة رجع حظها على من بقي معها من إخوتها في الحبس حتى تَتَأَيَّمَ عن الزوج بموت أو فراق فترجع على حقها فيما يُستقبل، وسواء قال المحبس إلَّا أن تردها رادة أو سكت عن ذلك على قِيَّاس ما قاله مالك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب في

(٣) كذا بالأصل، وهي زائدة على نسخة ق ١، وفي نسخة ق ٣: منها، بدل عليها، ويظهر أنها الصواب.

الذي حبس على يتيمين وقال من مات فلا حق له، ومن إرْتَغَبَ فلا حق له، وقد قيل إنه يسقط حقها بالتزويج فيما يستقبل أبداً إلا أن يقول إلاَّ أن تردها رادة، وقد تُؤُوِّلَ أنه قول بعض العلماء الذي أنكره مالك في مسألة رسم الأقضية المذكورة، وفي المجموعة نحوه من رواية ابن القاسم عن مالك، قال فيمن حبس على أن من فُرِضَ له منهم في الديوان فلا شيء له ففرض لهم فلم يأخذوه وأخذ من فرض له مرة ثم انقطع، فقال: من أخذه مدة فلا شيء له في الغلة، وكذلك إذا لم يبق من بَنِيهِ المحبَّس عليهم إلاَّ واحدة متزوجة ترجع جميعُ الغلة إلى الذي إليه مرجعُ الحبس بالحكم أو بنص من المُحبس على قوله في هذه الرواية: إن الغلة تكون للموالي الذي جعل المحبس مرجع الحبس إليهم، وهي تبين ما وقع في رسم الصبرة من سماع يحيى بعد هذا إذْ لم يقع لذلك فيه جواب، وقال مطرف وابن الماجشون إذا لم يبْق من المحبَّس عليهم إلا ابنة متزوجة فتوقف الغلة فإن رجعت أخذتها لأنها من ولد المحبس، فهي أولى ممن له المرجع، وإن ماتت قبل أن تتأيَّـم عن الزوج كانت الغلة الموقوفة للذي له المرجع.

واختلف إن مضت مدة وهي مع الزوج وَرَحَلَ أحقُّ الناس بالمرجع ثم مات وخلفه آخر مكانه هو أحق الناس بمرجع الحبس بعده، فمضت هذه أيضاً ثم ماتت وهي في عصمة الزوج، فقال ابن الماجشون لكل واحد منهما من الغلة الموقوفة ما يجب للمرأة التي عايشها فيها وهو أحق بمرجع الحبس، وقال مطرف بل تكون جميع الغلة للذي له المرجع يوم ماتت الإبنة المتزوجة، وإن لم يبق من الولد المحبس عليهم إلا بنات متزوجات فوقفت الغلة فتأيَّمت إحداهن بعد مدة أَخَذَتْ جميعَ ما وقف وجميعَ الغلة فيما يستقبل، فإن تَأَيَّمَتْ الثانية بعد ذلك قاسمت أختها فيما أخذت بنصفين، كأنهما ماتَزَوَّجَتَا، وإن تأيمت الثالثةُ رجعت على كل واحدة منهما بثلث مَا صَارَ إليها مما وُقِفَ ومما استغلتاه بعد ذلك إلى حين تأَيُّمِهَا، والتعيينُ في هذا وغيرُ التعيين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك سواءٌ، وهو نص قول أصبغ في الواضحة، وقال

ابن الماجشون إن عينهن في التحبيس وقال من تزوج منهن فلا حق لها سقط حق من تزوج منهن بالتزويج ولم يعد إليها أبداً، إلا أن يقول فإن تأيَّمت فهي على حقها في الحبس.

فيتحصل في المسألة ثلاثةُ أقوال أحدها أن حق من تزوج منهن لا يسقط إلَّا ما دامت متزوجة ولم يقل إلَّا أن تردها رادة، **والثاني** أن حقها يسقط بالتزويج أبداً إلَّا أن يقول فإن ردتها رادة فهي على حقها، **والثالث** الفرق بين التعيين وغيره، فإن كان عينها سقط حقها بالتزويج أبداً إلَّا أن يقول فإن رَدَّتها رادة فهي على حقها من الحبس، وإن كان لم يعينها لم يسقط حقها بالتزويج إلَّا ما دامت متزوجة ولم يقل إلا أن تردها رادة وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم قال مالك في الذي يحبس الحبس على ولده : الذكر والأنثى فيه سواء، وليس للذكر مثلُ حظ الأنثيين إلَّا أن يشترط ذلك في حبسه.

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال لأنه إذا حبس عليهم فقد شرك بينهم فيما حبسه عليهم، فوجب أن يكون الذكر والأنثى فيه سواء إلَّا أن يفضل أحدهما على صاحبه، بدليل أن الله عز وجل لما شرك بين الإخوة للأم في الثلث ولم يفضل الذكر منهم على الأنثى فيه كانوا فيه على السواء، ولم يقس ذلك على البنين والبنات في قوله ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** ﴾[٤] ولا على الإخوة والأخوات في قوله ﴿ **وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** ﴾[٥] والله الموفق .

(٤) الآية ١١ من سورة النساء .

(٥) الآية ١٧٦ من سورة النساء .

ومن كتاب أوله
أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

قال عيسى وأصبغ وسألناه عن الرجل يحبس على ولده حبساً ويشهد لهم ويكتب لهم بذلك كتاباً، ومثلُهم يحوزُ لهم أبُوهُم ثم يتعدى فَيَرْهَنُهَا فيموت وهي رَهْنٌ كما هي، قال: يبطل الرهن ويثبت الحُبُس ولا رهن، وقاله أصبغ، وقال: رهنهُ بمنزلة بيعه إياها، كما لا يجوز بيعُه لا يجوز رهنُه.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه رهن الحبس بعد أنْ كان أَبَانَهُ عن نفسه وحازه لابنه بأن رحل عنه إن كانت داراً يسكنها، أو كانت خاليةً إن كان لا يسكنها فأشهد على تحبيسه إياها وحيازته، وأما لو كان حبسها وهو ساكن فيها ثم رهنها لنفسه قبل أنْ يرحل عنها فلم يُعْثَرْ على ذلك حتى مات لَبَطَلَ الحبسُ، وكذلك لو باعها بعد أن حبسها قبل أن يرحل عنها فلم يعثر على ذلك حتى مرض أو مات، ولو عُثِرَ على ذلك في حياته وصحته لفُسِخ البيعُ والرهنُ فيها وصح الحبس بالحيازة، ولو كانت صدقة من غير حبس فباعها قبْل أن يرحل عنها لكان الثَّمَنُ للإبن وإن مات الأب في الدار لأنه إنما مات فيها وهي للمشتري، لا لابنه إلاَّ أن يكون باعها لنفسه نصّاً استرجاعاً للصدقة فلم يعثر على ذلك حتى مات فإن الصدقة تبطل، ولو عثر على ذلك في حياته وصحته لَفُسِخَ البيعُ فيها ورُدَّتْ الدار لولده وَلَوْ باعَها بعد أن رحل عنها وحازها لابنه لجاز البيع على الإبن وكان له الثمنُ في مال أبيه، حَيّاً كان الولدُ أو ميتاً وإن لم ينص على أنه باع لابنه إلاَّ أن يبيع نصّاً استرجاعاً لصدقته فبيعه مردود إلى الولد حياً كان الولد أو ميتاً، لأنها قد كانت صدقة بِبَيْنُونَتِهِ عنها إلى أن باعها والثمن للمشتري في مال الأب وجده أو لم يجده لا شيء على الولد منه قاله ابن حبيب في الواضحة وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله
بع ولا نقصان عليك

وقال مالك إذا قال الرجلُ داري حُبُسٌ على امرأتي وأم ولدي أو غلة داري حبس فمن تزوج منهما فلا حق لها فيها إلَّا أن تردها رادة فتزوجت واحدةٌ منهما، قال: يرجع حظها في يد الأُخرى التي لم تتزوج، فإن طلق التي تزوجت زوجُها أو مات عنها رجعت على حقها، قال ولو قال هو بينكما فمن تزوج فلا حق لها إلَّا أن تردها رادة، فمن تزوج منهما رجع حظها على الورثة ولم يرجع على صاحبتها فإن طلقها زوجها أو مات عنها رجعت على حقها، فليس بينكما وعليكما سواء، وهو بمنزلة من قال غلامي يخدم فلانة يوماً وفلانة يوماً، فمن تزوج منهما فلا حق لها إلَّا أن تردها رادة فمن تزوج منهما رجع حظها على جميع ورثة الميت، فإن طلقها زوجها أو مات عنها رجعت على حظها، ولو قال عليكما رجع حظها إذا تزوجت على صاحبتها حتى يطلقها زوجها أو يموت عنها.

قال محمد بن رشد: قد مضى الكلامُ على هذه المسألة في الفرق بين أن يقول بينكما وعليكما والاختلاف في ذلك في أول مسألة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وقال أشهب ولو قال حبست عليكما حياتكما وهو للآخر منكما فلا يكون للآخر منهما إلَّا حبسا عليه حياتَه، وإذا لم يسم حياتهما فهو للآخِر منهما بَتـلاً يصنع به ما شاء، وقول أشهب هذا في تفرقته بين أن يقول حياتكما أو لا يقول ذلك هو ما ذهب إليه محمد بن المواز، خلافُ ما مضى من قول ابن القاسم في آخر رسم يسلف، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك وفي أول رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله لَمْ يُدْرِكْ

قال وإذا قال الرجل عند موته: داري حبس، ولم يسم أحداً قسمت على المساكين وكانت حبساً عليهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال وبناتُ الأخِ والعمةُ من العصبة الذين يرجع عليهم الحبس.

قال محمد بن رشد: هذا خلافُ ما في سماع سحنون من أنه لا تدخل العمةُ في مرجع الحبس ولا كل من لاَ يرث من النساء مثل ما في أول رسم من سماع ابن القاسم، وقد مضى هنالك تحصيل الاختلاف في ذلك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال وإذا شَهِدَ رجلان على أنهم كانوا يسمعون أن هذه الدار حبس جازت شهادتُهما وكانت حبساً على المساكين إن كان لم يسم أحداً، قيل له فرجلان يشهدان وفي القبيل مائة رجل من أسنانهم لا يعرفون منه شيئاً؟ قال: إذا كان كذلك فلا تقبل شهادتهما إلاَّ بأمر يفشوا ويكون عليهم شهود أكثر من اثنين، وأما إذا شهد شيخان قديمان قد أدركا الناس وَبَادَ جِيلَهُمَا أنهما سمعا أنه حبس فشهادتهما جائزة.

قال محمد بن رشد: ابنُ الماجشون لا يُجيز في شهادة السماع أقل من أربعة شهداء، وإجازةُ ابنِ القاسم شهادةَ السماع في هذه المسألة خلافُ مذهبه في المدونة، لأنه قال فيها إنَّ شهادة السماع لا يثبت بها النسب ولا الولاء، ويقضى له بالمال دون ثبات النسب والولاء، فعلى ما في المدونة لا تجوز شهادةُ السماع في الحبس إلَّا مع القطع بأنها تحترم بحرمة الأحباس، وذلك بين من مذهبه في المدونة، وهو على أصله فيها أنه يقضي بشهادة السماع بالمال ولا يثبت بذلك النسب ولا الولاء فكذلك بِالْيَدِ للمحبس دون أن يثبت الحبس، وقد مضى في نوازل سحنون من كتاب الشهادات تحصيلُ الخلاف فيما يجوز فيه شهادة السماع مما لا يجوز فلا معنى لإعادته ها هنا.

وقولُ ابن القاسم في هذه الرواية إنه لا تجوز شهادةُ الشاهدين على السماع في الحبس إلَّا أن يكونا شيخين قديمين قد أدركا الناس وباد جيلهما مُعَارِضٌ لما له في كتاب الصيام من المدونة من إجازة شهادة شاهدين على رؤ ية الهلال في الصحو والغيم، لأن الذي يأتي في مسألة الصيام على قياس قوله في هذه الرواية ألَّا تجوزَ شهادةُ الشاهدين على رؤ ية الهلال إلَّا في الغيم.

ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال **أحدها** أنه لا يجوز في السماع على الحبس إلَّا أكثر من شاهدين في كل حال وهو مذهب ابن الماجشون الذي ذكرناه، **والثاني** أنه تجوز شهادة شاهدين في كل حَالٍ، وهو الذي يأتي على قوله في المدونة في مسألة الصيام، **والثالث** تفرقته في هذه الرواية، ومعنى ما أجازه من شهادة السماع في هذه الرواية إذا كانت المدة قد طالت طولاً تَبِيدُ فيه الشهود، قال في الشهادات من المدونة مثل الأربعين سنة والخمسين، وفي سماع عيسى من كتاب القسمة أن في عشرين سنة تبيد الشهود، وابنُ الماجشون يُجيز شهادة السماع في الخمسة عشر عاماً.

وقد اختلف إذا لم يشهد على الحُبِس إلَّا شاهدٌ واحِدٌ عَدْلٌ، ففي كتاب ابن المواز قال أصحابنا إذا كان مُبَتِّلاً ومعقباً فلا يصح فيه اليمين، وقال

عبد الملك عن مالك : إذا حلف الجُلُّ منهم نفذت الوصية عليهم وعلى غائبهم إن قَدِمَ ومولودهم أن وُلِد وفي السبيل بعدهم، وروى عنه ابن حبيب يحلف من أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد وينفذ له ولأهـلها ولمن يأتي، قال عنه مالك : وإن بادَ شهودُها فلم يثبت إلَّا بالسماع حَلَفَ أيضاً واحدٌ من أهلها الذين شهدوا بأنهم لم يزالوا يسمعون من العدول أنها حبس على بني فلان ثم تُسْتَحَقُّ حبساً، وهذا على ما في المدونة من أن الشهادة على السماع لا يثبت بها النسب ولا الولاء وإنما يستحق بها المال مع اليمين، فكذلك يستحق الحبسُ بذلك مع اليمين على مذهب من يرى أنه يحلف واحد من المُحَبَّس عليهم مع الشاهد الواحد على البت ويستحق الحبس وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم في رجل أوصى بأن يُشترى عبدٌ من ثلثه في سبيل الله، قال : يشتري عبد فيجعل في الرباط يخدم الغزاة، قيل له فمن يطعمه؟ قال يعمل في طعامه ويخدم.

قال محمد بن رشد : فإن لم يكن فيما يُستعمَل فيه ما يَقُومُ منه نفقتُه ولم يوجد من ينفق عليه بيع واشترى غيره مكانه ممن تكون نفقته في عمله، فإن لم يُوجد ذلك في ثمنه فُرِّقَ في السبيل، وقد مضى هذا المعنى في رسم طلق من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله سلف ديناراً

قال وقال مالك في رجل حبس على أم ولد له جارية تخدمها حياتها ومات وله ولدان فقال أحدهما لأم الولد نصيبي من هذه الجارية صدقة عليك فأعتقت أمُّ الولد ذلك النصيب الذي تصدق به

عليها وصار لها، قال : تخرج الجارية حرة ساعتئذ ويقال لأم الولد أخرجي نصف القيمة فيؤخذ ذلك منها فيرجع ويوقف، فإن ماتت الجارية المخدمة قبل أم الولد لم يكن لهذا الذي لم يتصدق شيء ورجع ذلك إلى أم الولد، وإن ماتت أم الولد قبل الجارية دفع ذلك إلى هذا الذي لم يتصدق أو ورثته إن كان قد مات، وإنما أوقفنا المال لأن أم الولد لو هلكت والجارية حية ذهب حق المتمسك بالرق، لأنه إنما له مرجعها بعد وفاة أم الولد، ولأنا إنما أخذنا المال منها خوفاً أن تقلس أم الولد وتعدم فيذهب حق هذا، وتخرج الجارية حُرَّة ساعتئذ، ولا يُوقف نصفُها للحرية التي ثبتت فيها، فوقف نصف قيمتها بمنزلة وقفها إذا هلكت أم الولد وهي حية، ويعجل لها العتق كما قال رسول الله صلى الله عليه : **مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي مَمْلُوكٍ**، فهذا شرك، قال عيسى : وإن لم يكن لأم الولد مال وكانت عديمة عتق منه نصيبُها وَيُوَاجَرُ النصف الآخر، فكلما اجتمع من إجَارتها شيءٌ له بال عتق منها ذلك، وحبس ذلك الخَرَاجُ لأنه لم يكن لها فيها إلَّا الخدمة، فلما أعتقتها كانت تَارِكَةً للخدمة فإن ماتت الخادم قبل أم الولد رجع ذلك الخراج الذي كان حُبُساً إلى أم الولد، وإن ماتت أم الولد قبل ذلك كان ذلك الخراج للولد المتمسك بالرق، وإن كان بَقي من الأمة شيء لم يكن عتق كان ذلك له أيضاً.

قال محمد بن رشد : ذكر ابنُ أبي زيد متصلاً بهذه المسألة قال ابن المواز : لا أرى إيقافَ القيمة، بل ينظر كم يسوا مرجعُها على أَمَدِ العُمُرَين عمرِ الأمة وعمرِ أم الولد على الرجاء والخوف، فيعجل لهذا الإبن ولا يبالي إن ماتت الأمةُ قبل وقت مرجعها لأنها على الغرر قومت، وإيقافُ قيمتها ظلمٌ وكيف توقف أيضاً الأمة وقد يحدث فيها عيب قبل موت أم الولد؟ وقد روى عن

ابن القاسم أيضاً أنه قال: يُنْظَرُ إلى قيمة مرجعها بعد أم الولد على الغرر والرجاء، فتُوقَفُ نصفُ القيمة من مال أم الولد حتى يعلم أيهما تموت أَوّلاً، قال ابن المواز: وهذا أَبْعَدُ من الأول، وأَحَبُّ إلي تعجيل نصف هذه القيمة للابن، وهو كما قال ابن المواز، لأن توقيف نصف القيمة على الرجاء والخوف ظلم بين للابن، لأن نصف الأمة يصير ملكاً له بموت أم الولد ويرتفع الخوف منها، فكيف يعطي قيمتها بعد موت أم الولد على الرجاء والخوف وقد ارتفع بصحة الملك له وتيقنه؟ ولأن إيقافَ نصف قيمتها يوم اعتقتها وهي لا تجب عليها إذ لا يدري لعلها ستموت قبلها فينكشف الأَحَقُّ للابن فيها أو تموت أم الولد قبلها فيعلم أنها إنما وجبت له حينئذ، فكيف يأخذ قيمتها التي قومت به قبل أن يجب له ولعلها أكثر من قيمتها يوم وجبت له؟ فيكون ذلك ظلماً لأم الولد أو أقل من قيمتها يوم وجبت له فيكون ذلك ظلماً له في إعطائه أقلَّ من قيمتها يوم وجبت له.

فأعدلُ هذه الثلاثة الأقوال ما قاله محمد بن المواز من أنه يعجل له نصفُ قيمتها على الرجاء والخوف.

ويتخرج في المسألة قول رابع على قياس قول ابن القاسم في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى من كتاب الخدمة فيمن أخدم نصفَ عبدٍ له بَيْنَهُ وبين رجل رجلاً سَنَةً فأعتق شريكهُ في العبد نصيبه أنه لا يقوم عليه نصيب المخدم حتى يجب له بالقضاء السَّنَةَ، وتوقف القيمة إلى انقضاء السنة إن خشى عليه عُدْمٌ، وهو على أَلاَّ يجب في أم الولد فيها قيمةٌ بحال، لأنها إن ماتت قبلها انكشف بموتها وجوبُ نصفها للابن ولم يصح أَنْ يُقَوَّمَ عليها ذلك النصف بعد موتها على قولهم فيمن أعتق شخصاً له في عبد فلم يقوم عليه حتى مات أنه لا يقوم عليه بعد الموت إلاَّ أن يكون موتُها قريباً من عتقها على اختلاف في ذلك، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه في العتبية ورواية مطرف وابن الماجشون عنه في الواضحة وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق

قال : وسألت عبد الرحمان بن القاسم عن تفسير الحوز في الصدقات والأحباس ممن قد بَلَغَ الحوزَ وما يَجُوزُ للأب حوزُهُ ممن تصدق عليه أو حبسه ممن يليه من ولد صغير أو كَبِيرٍ سفيه وعن قسمة الحبس بين أهله فإنه ربما كان فيمن حبس عليه الصغير والكبير والحاضر والغائب والغني والفقير ، ورُبّما استوت الحالات في الفقر والغنى وكثرة العيالات من أحدهما ، فقال : قد وصفتُ لك من ذلك ما حضرني ورضيتُ واخترتُ لنفسي ولا توفيق إلا بالله فكل من تصدق بصدقة أو حبس حبساً على وُلده صغاراً أو كباراً فإن كانت الصدقة والحُبُسُ على صغار كلهم فحيازة أبيهم لهم حوز إذا أشهد لهم وبَتّل لهم صدقَتَهم أو حُبُسَهُم فكان هو القائم بأمرهم والناظر لهم في كراء إن كان أو ثمرة أو ما تحتاج إليه الصدقات من المرمة(٦) والإصلاح حتى يبلغوا الحوز وتُرْضَى حالُهُم مع البلوغ ، والبلوغُ الحلم للرجال مع الصَّلاحِ وَحُسْنِ الحال ، فإن بلغوا الحلم ورضيت حالهم وتزوج النساء ودخل بهن أزواجهن ورضيت مع ذلك حالاتُهن فلم يحوزوا جميعاً الرجالُ والنساءُ بعد أن بلغوا ما وصفت لك حتى هلك الأب فالصدقة لهم(٧) ، وهم بمنزلة من تُصُدِّقَ عليه وقد بلغ ورضي حاله ثم لم يحز لثلث ما تُصدق به عليه أو حبس حتى هلك من تَصَدّقَ أو حَبَّسَ فإنّ ذلك لا صدقة له ولا حبس بتركه حيازة

---

(٦) رمَّ البناءَ أو الأمر رمّاً ومرمَّة : أصلحه ، وهو من باب ضرب ونصر .

(٧) كذا في الأصل ، والصواب فلا صدقة لهم وهو ما في نسختي ق ١ وق ٣ . .

صدقته أو حبسه حتى مات المُحَبِّسُ له او المتصدِّق به .

وإن كانوا قد بلغوا الحالات التي قد وصفتُ لك من الإحتلام للرجال والدخول بالنساء وهم جميعاً في ذلك لا تُرضي حالهم فإن حيازة الأب لهم جميعاً حيازة ، لأن السفيه بمنزلة الصغير ، لأن كل من وُلِّيَ عليه فحيازَةُ من يليه حوز ، لأنه الناظر له والمدبر لأمره ولا رأي له في نفسه ولا ماله إلا بوليه ، فلذلك رأى أهل العلم أنهم يحاز لهم إذا كانوا على ما وصفت والنساء إذا بلغن ورضي حالُهُن ولم يتزوجن ولم يدخل بهن مخالف للرجال ، المرأةُ أبداً في ولاية أبيها وإن رضي حالها يجوز عليها أمرُهُ وينفذ لها حكمُهُ من تزويج أو غيره وإن بلغت . والرجال ليسوا بهذه المنزلة إذا احتلم الرجل ورضي حاله لم يجز عليه أمر غيره ، فلذلك افترق الرجال عندي والنساء في هذا الوجه الذي ذكرت لك .

وإن كان من تصدق عليه أو حبس عليه صغاراً وكباراً وفي الكبار من قد رضي حاله فلم يحز له ولا للصغار حتى مات المتصدِّق أو المحبِّس فلا صدقة ولا حبس للصغير ولا للكبير من قبل أنه لم يفرز(٨) للصغار شيئاً بِعَيْنِهِ فيكون أبوهم يحوزه ويرد ما لم يحز للكبار ولكنه تصدق أو حبس بشيء مشاع ليس مقسوماً عليهم جميعاً ولم يحز الكبار عن الأب فيجوز ، ولم يعرف ما للصغار فَيَحُوزُهُ الأب لهم ، فلما كان ذلك رأيتها صدقة لم تُحَزْ حتى مات صاحبها الذي تصدق بها فلذلك رأيت ردها .

وإن كانت الصدقة أو الحبس على الصغار والكبار مفروزة

---

(٨) فرز الشيء يفرزه من باب ضرب ، وأفرزه : عزله ونحاه .

معروفة قد عرف ما للصغار منه وما للكبار بتفرقته إياه وإشهاده عليه وإنابة بعضهم فيه من بعض ثم لم يحز الكبار حتى مات المتصدق أو المحبس رأيت أن يجوز ما للصغار منه ، ويُرَدُّ ما للكبار لأنه يحوز للصغار أبوهم ولا يحوز للكبار الذين قد بلغوا ورضي حالهم إلّا أنفُسُهم .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة فإن بلغوا الحلم ورضيت حالهم وتزوج النساء ودخل بهن أزواجهن ورضيت مع ذلك حالاتُهُن يدل أن الغلام بعد الإحتلام محمول على السَّفَهِ ، فلا يخرج من ولايته حتى يثبت رشده ، وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم في كتاب الصدقات والهبات .

قوله وليس الإحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى يعرف حالُهُ ويشهد العدول على إصلاح أمره ، وهو ظاهر سائر الروايات في المدونة وغيرها ، إلّا مَا وقع في أول كتاب النكاح من المدونة قوله فيه : إذا احتلم الغلام فَلَهُ أن يذهب حيث شاء ، فإن ظاهرَه أنه بالإحتلام يكون محمولاً على الرشد وتجوز أفعاله حتى يعلم سفهه ، وهي رواية زياد عن مالك في البكر أنها تخرج من ولاية أبيها بالحيض ، فكيف بالغلام ؟ وقد تأول ابنُ أبي زيد قولَه في المدونة فله أن يذهب حيث شاء أن معناه بنفسه لا بما له ، فعلى هذا اتفق الروايات كلها ، ولا تخرج عنها إلّا رواية زياد عن مالك ، وقد تأول أن قول مالك إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء معناه إذا احتلم ورضيت حالُهُ ، بدليل قول ابن القاسم إلا أن يخاف من ناحية سفه فله أن يمنعه ، وإلى هذا ذهب ابنُ لبابة فقال : هذا هو الحق ، لو مات الأبُ وأوصى به لم يخرج من ولاية الوصي حتى يثبت رشده ، فكيف بالأب ؟ ومثله في المدونة ، وقولُهُ فقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ إلّا بالرشد ، فكيف بالآباء الذين هم أملك بهم من الأوصياء ؟ وإنما الأوصياء بسبب الآباء ، ويدل أيضاً على أن البكر وإن دخل بها زوجها فهي محمولة على السَّفَهِ حتى يثبت

رشدُها ، وهو قول مالك في الموطإ والمدونة ، وفي الواضحة من رواية مطرف عنه أنها في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويعرف من حالها أي يشهد العدول على صلاح أمرها ، فهي على قول مالك هذا ما لم تنكح ويدخل بها زوجها في ولايته مردودة افعالُها وإن علم رشدها فإذا دخل بها زوجها حملت على السفه وأُقِرّتْ في ولايته وردت أفعالها ما لم يظهر رشدها .

وقد اختلف، في الحد الذي تخرج به الجارية من ولاية أبيها اختلافاً كبيراً تتحصل فيه ثمانية أقوال قد ذكرتها في مسألة ملخصة في هذا المعنى ليس هذا موضع ذكرها ، وقوله فيها : المرأةُ أبداً في ولاية أبيها وإن رضي حالها يَجُوزُ عليها أمرُهُ وينفذ لها حكمُهُ من تزويج أو غيره ظاهره وإن عنست ، وقد قيل إنها إذا عنست وبلغت الخمسين سنة فلا تجوز حيازتُهُ لها ولا تزويجه إياها إلاّ برضاها ، فإن زوّجها بغير رضاها لم يفسخ قاله مالك ورواه أصبغ عن ابن القاسم في كتاب ابن المواز لأبي زيد عن ابن القاسم مثله في الستين سنة ، وقد قيل إن حد تعنيسها أربعون سنة ، فهي على القول بمراعاة التعنيس بعد التعنيس محمولة على الرشد مُجَوَّزَةٌ أفعالُها ما لم يعلم سفهها ، وقيل مردودة أفعالها وإن علم رشدُها ، بخلاف الرجل لأن الرجل بعد البلوغ محمول على الرشد حتى يعلم سفهه ، وقيل على السفه حتى يعلم رشده ، فيفترق الرجل من المرأة في هذا الوجه كما قال في الرواية ويتفقان في جواز حيازة الأب عليهما جميعاً .

وقولُهُ إن كان من تصدق عليه أو حبس عليه صغاراً وكباراً إلى آخر قوله ، هو مثل قوله في المدونة في مُسَاوَاتِهِ بين الحبس والصدقة في أنه إذا حبس على صغار وكبار أو تصدق على صغار وكبار فلم يَقْبِضْ الكبارُ لأنفسهم وللصغار ما حبسه عليهم أو تصدق به عليهم لم يجز من ذلك للصغار شيء خلاف رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة في تفرقته في ذلك بين الحبس والصدقة فأبطل نصيب الصغار في الحبس وأجازه في الصدقة ، ومثلُ رواية علي بن زياد

عن مالك في أن نصيب الصغار يجوز في الصدقة روى أشهب عنه في كتاب الصدقات والهبات في رسم الوصية ، وقاله ابنُ وهب أيضاً في سماع عبد الملك من الكتاب المذكور ، فلا اختلاف في أن نصيب الصغار يبطل في الحبس إذا لم يحزه الكبارُ ، قال ابنُ حبيب في الواضحة ، عن المدنيين والمصريين جميعاً : إلا أن يكون الأب قَسَمَ ذلك في أصل التحبيس والصدقة أو بعده فحاز نصيبَ الصغار فإنه يجوز لهم ما حازه لهم ، وفي ذلك نظر سنذكره إن شاء الله في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات .

ووجهُ تفرقة مالك في ذلك بين الحبس والصدقة هو ما قاله في رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة من أن الحبس لا يُقسم ولا يُجَزّأ والمعنى في ذلك عندي أن الحبس ليس للصغار منه جزء معلوم فتصح قسمته بينهم وبين الكبار ، لأنه كلما مات منهم ميت من الصغار أو الكبار رجع حظه على من بقي منهم ، فلما لم يكن حظ الصغار منهم معرُوفاً لم يكن الأب حَائِزاً له ، ولو كان الحبس على ابنين له بأعيانهما أحدهما صغير والآخر كبيرٌ فلم يحز الكبيرُ منهما الحُبُسَ لوجب أن يجوز حظ الصغير من ذلك عند مالك على القول ، لأن من مات منهما لا يرجع حظه على صاحبه ويرجع إلى المحبِّس أوإلى أقرب الناس به ، وقاس ابنُ القاسم رحمه اللّه الصدقة والهبة على قول مالك في الحبس فأبطل نصيب الصغار منه إذا لم يحزه الكبار ، والمعنى في ذلك عنده أنه لما تصدق على من يحوز له وعلى من يحوز لنفسه وقد علم أن من حق الذي يحوز لنفسه أن يقاسمه فيحوز لنفسه كان إنما تصدق على أن يحوز لبنيه الصغار مقسوماً فلم يجز أن يحوز لهم مُشَاعاً وأجاز أن يحوز لبنيه الصغار مشاعاً ما وهبه لهم مشاعاً إذا لم يعمل على أن يحوز لهم مقسوماً ، فأجاز إذا تصدق عليهم بنصف غنمه أو دوابه وأبقى النصف الثاني لنفسه أو وهبه في السبيل أن يحوز لهم النصف الذي تصدق به عليهم على الإشاعة إذ لم يعمل على أن يحوزه لهم مقسوماً .

ومعنى ما ذهب اليه مالك أنه أجاز أن يحوز لبنيه الصغار على الإشاعة ما وهبه لهم أو تصدق به عليهم على الإشاعة ، كانت إشاعتهم مع نفسه أو مع من يقوم بالحيازة لنفسه من كبير أو مع من لا يقوم بها لنفسه مثل السبيل أو المساكين غير المعينين ، وأصبغ لا يُجيز أن يحوز لبنيه الصغار ما تصدق به عليهم أوْ وهبه إياهم مشاعاً إلّا مقسوماً بكل حال ، كانت إشاعتهم مع نفسه أو مع من يقوم بالحيازة لنفسه من كبير أو مع من لا يقوم بها من سبيل أو مساكين غير معينين على ما يأتي في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات ، فهي ثلاثة أقوال قول مالك وقول ابن القاسم وقول أصبغ . والحبسُ خارجٌ عن هذا كله لا اختلاف في أنه إذا حبس على بنيه الصغار والكبار فلم يحز الكبار يبطل نصيب الصغار من أجل أن القسمة فيما بينهم لا تصح من أجل أنه لا يثبت نصيبُهم على شيء واحد .

واختلف قولُ مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بعدة من غنمه أو خيله دون مسماة ولا موسومة فمرة رآها كالجزء المشاع لأن الحكم يوجب له الشركة فيها بما يقع للمُتصدق بها من جملتها ، فأجاز حِيَازَتَها له وإن لم يقسمها ولا وَسَمَهَا . ومرة لم يرها كالجزء المشاع ، إذ ليس لشريك له فيها حتى يشتركا فيها ، فلم يجز حيازته له فيها حتى يقسمها ويُسميها أو يَسِمَها ، فمن لم يجز حيازته له إذا وهبه جزءاً إلَّا بعد المقاسمة فأحرى ألَّا يجيز حيازته له إذا وهبه عدداً إلَّا بعد المقاسمة ، ومن حيازته له إذا وهبه عدداً فأحرى أن يجيزها له إذا وهبه جزءاً ، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال إجازة حيازته له في الموضعين والمنع من ذلك في الموضعين والتفرقة بينهما وبالله التوفيق .

وقد اختلف إذا تصدق على بنيه الصغار والكبار فحاز الكبار لأنفسهم وحاز هو للصغار فروى عن ابن القاسم أنه يبطل كله ، وهو على أصله الذي ذكرناه . وقال ابن المواز يجوز كله . وهو الذي يأتي على أصل مالك الذي ذكرناه .

واختلف أيضاً إذا تصدق رجل على رجل بنصف أرضه على الإشاعة . فقال ابن القاسم في تفسير ابن مزين هي حيازة ، ولم يرها أصبغُ حيازةً . وذلك على أصله الذي ذكرناه عنه وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم : ومن تصدق على صغير أو سفيه أو أحد ممن تَوَلّى عليه بصدقة من أم أو أخ أو قريب أو بعيد فحاز ذلك له وأشهد عليه فإن ذلك باطل لا يجوز إلّا أن يكون وصياً فيكون حوزُهُ له حوزاً أو يَضَعَهُ له على يدي غيره ويُبِينُهَا عن نفسه فيكون لهم حوزاً جائزاً ماضياً ، وليس يُنَزَّلُ أحدٌ بمنزلة الأب في هذا إلَّا من يلي السفيهَ ممن يوصي اليه ، فالوصي في ذلك بمنزلة الأب في الحوز لهم والقيام بصدقاتهم ثم يكون حائزاً لهم ماضياً عليهم .

قال محمد بن رشد : هذا هو المشهور في المذهب المعلوم من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يَحُوزُ للرجل ما وهبه إلّا أبٌ أو وصي ، وفي رسم الأقضية من سماع يحيـى من كتاب الصدقات والهبات من قول ابن وهب إنه لا يحوز للصغير ما وهبه إلَّا الأب والوصي ، والأم إذا كان يتيماً في حجرها وإن لم يكن موصاً إليها بمنزلة الوصي ، والأجدادُ بمنزلة الأب إذا لم يكن أب وكان في حجر الجد يليه ، والجداتُ بمنزلة الأم إذا لم تكن أم وكان في حجر الجدة تليه ، قال وأما من سوى هَؤلاء فلا يكون حوزُهُ حوزاً للصغير إلا أن يَبْرَأَ به إلى رجل يليه للصغير . وفي سماع عبد الملك من كتاب الوصايا أن كل من وَلِيَ يتيماً من قريب أو بعيد فإنه يحوز له مَا وُهِبَ له ، ومثله من بيده اللقيطُ ، ورواه ابنُ غانم عن مالك ، ونحوه في كتاب القسمة من المدونة أن الرجل تجوز مقاسمته على من التقطه ، وأَنْزِلَ في النكاح الأول من المدونة الحاضنُ والمربي للجارية في حياة الأب بمنزلة وكيل الأب ، فرأى

تزويجه إياها جائزاً عليها بغير إذنها . قاله في مسألة رجال من الموالي يأخذون صبياناً من صبيان العرب تصيبهم السَّنَةُ فيكفلون لهم أبناءهم ويربونهم فتكون فيهم الجارية . وذكر ابن حبيب المسألة على خلاف ما وقعت في المدونة فقال فتكون فيهم الجارية قد مات أبوها وغاب أهلها فإن الذي كفلها ورباها أولى بعقد نكاحها يريد من وُلَاتِهَا ، فأنزله بمنزلة الوصي وذلك نحو ما في كتاب القسمة من المدونة ورواية ابن غانم عن مالك ، ومثلُهُ لابن كنانة سئل عن يتيم صغير له إخْوَةٌ أكَابِرُوهم الذين يلونه وينفقون عليه فزوجوه ابنة عم له ، قال ذلك يلزمه إذا كانوا هم الذين يلونه وينفقون عليه ، وقال ابن القاسم لا يلزمه ولا يتوارثان ، ولا يجوز على الصبي إلّا نكاح أبيه أو وصيه وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وكل من تصدق بصدقة أو حبس حبساً من دارٍ أو دور فسكن بعضها وأسلم بقيتها أو كان يليها لمن تصدق عليه بها أو حبس إذا كانوا على ما وصفت لك ممن يحوز له المتصدِّقُ أو المحبِّس فيحوز ذلك لهم ، فإن كان الذي سكن من الدار الشيء التافه فيما حبس أو تصدق مثل الدار ذات المنازل وكثرة المرافق فسكن منها ما لا خطب له فيها لِقِلّتِهِ وصغر شأنه جاز له ما سكن وما لم يسكن ، وإن كان ذلك الذي سكنه له بال في الدار وقدر وهو جُلُّ ذلك وأكثره لم يجز ذلك وكانت صدقةً لم تُقْبَضْ ، لأن التافه اليسير إذا سكنه وأفرز بقيتها فقد أسلمها وكان ما بقي في يديه تبعاً لها ، لأنه قد اسلم جلها وعُضْمَهَا وما لا خطب لمن احتبس منها معه ، فلما كان ما احتبس وسكن تبعاً كان ذلك كله جائزاً . وإن كان الذي احتبس وسكن أكثره وجله وأسلم أدناها وأقلها كان الذي فرز من ذلك تبعاً للذي هو أكثر فكان بمنزلة من لم يسلم ولم يُحَزْ عنه ، وإن كانت الصدقة أو

الحبس دوراً وكان الوُلد صغاراً فسكن منها داراً فإنه ينظر في ذلك على ما وصفت لك في الدار ذات المنازل . فإن كانت هذه الدار من الدور هي جل تلك الدور في القدر والثمن لم يجز ذلك الحبس ، لا الدارُ التي سكن ولا الدورُ التي لم يسكن فإن كانت تلك الدار التي سكن ليست عُضْمَ ذلك في القدر ولا جله وإنما هي تبع فيما حبس جاز حبس تلك الدور كلها ما سكن وما لم يسكن. وإن كان الوُلد الذين حبس عليهم تلك الدور كِبَاراً مرضيين فكانت تلك الدار التي سكن أعظم تلك الدور كلها لم يجز تلك الدار وجازت بقية الدور إذا كان الكبار قد حازوها ، وإن كانت تافهة جازت الدور كلها إذا كانوا قد حازوا الدور وإن لم يَحُوزُوا الدور لم تجز الدار ولا الدور .

قال محمد بن رشد : قوله وإن كان الذي احتبس وسكن أكثره وجله وأسلم أدناها وأقلها كان الذي أفرز من ذلك تبعاً للذي هو أكثر ، فكان بمنزلة من لم يسلم ولم يُحَزْ عنه . وهو مثل قوله في آخر كتاب الرهون من المدونة في بعض الروايات إن الدار الواحدة إذا سكن المحبس أكثرَها فسواء حَازَ البقية منها هو للصغار أو حازه الكبار لأنفسهم يبطل جميعُها خلافُ ما حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن ابن القاسم وأصبغ من أن الأب إذا سكن أكثر الدار وحاز الولد الكبار لأنفسهم بقيتها جاز لهم ما حازوه منها ، بخلاف إذا حازَ الأب للصغار كالدور الكثيرة إذا سكن الأب أكثرها وحاز الكبار بقيتها جاز لهم ما حازوه منها بخلاف إذا حازه الأب للصغار . فعلى ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن القاسم وأصبغ لا خلاف في هذا بين الدار والدور ، وعلى ما في هذه الرواية وفي المدونة فرق في هذا بين الدار والدور فحصل الاختلاف من هذا الموضع في الدار الواحدة لا في الدور ، وأصبغ لا يُرَاعي التبع من غير التبع في الدور ويرى الحكمَ فيها وإن كانت محبسة في صفقة واحدة بمنزلة إذا حبس كل دار منها على حدة . وقد مضى بيانُ القول في هذه المسألة في

أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته .

مسألـة

قال وأما ما يُبَدّأُ به أهلُ الحبس بعضهم على بعض من غلة أو سكنى إذا كانوا جميعاً محبسين عليهم . فإن ذلك ليس يكون على كثرة العدد ، وإنما المُبَدّأ بها والمقدم فيما كان من سكنى أو غلة أهل الحاجة ، حيثُ كانوا بهم يُبَدّأ وإياهم يؤثر ، وليس يقسم ذلك بينهم أيضاً على عددهم ولكن على كثرة عيال أحدهم إن كان سكنى فعلى عظم مؤنته وخفة مؤنته على قدر ما يتبع كل واحد منهم من قَدْرِهِ وقدر عياله ، والقسم إن كانت غلةً على قدر حاجتهم ، وأعظمُهُم فيها حظاً أشدُّهُم فاقة وأظهر حاجة ، فإذا سدت حاجتهم وفضل عنهم فضل رُدّ على الأغنياء فسكن كل واحد منهم قدر ماله وكثره حاجته . وليس العَزِبُ الفرد كالمُتَأهل المُعِيلِ ، والحَاضِرُ أولى بالسكنى من الغائب ، والغلةُ بين الحاضر والغائب سواء ، والمحتاجُ الغائب أولى من الغني الحاضر . وذلك على الاجتهاد على ما وصفت لك على ما يرى وَالِيهَا والناظرُ فيها ، ولا يخرج أحد من مسكن كان يسكنه ، ومن انقطع من البلد الذي حبس عليه فيها وكانت سكنى ولم تكن غلة كان من أقام أولى منه إذا كان سكناه البلد التي خرج اليها سكنى انقطاع ، وإن قدم منها لَمْ يُخْرَجْ له غَيْرُهُ وإن كان القادم أحوجَ منه ، لأنه لم يسكنه الذي هو فيه على وجه الضرورة ، وإنما مسكنه حيث تركه القادمُ وانقطع عنه ، ولو لم يخرج كان أولى بالمسكن ممن هو فيه وكان لا يدخل عليه وهو حاضر معه لأنه أحْوج وإن لم يكن في الدار سَعَـةٌ . وكذلك إذا سكن الغني وانقطع المحتاج ثم قدم لم يخرج الغني له لأنه لم يدخل عليه ولكنه

سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه ، ومن مات منهم رجع حصتُه على أصحابه لأنه حبس عليهم جميعاً حتى ينقرضوا فيصير آخرُها إلى ما صيرها إليه صاحبُها من سبيل اللّٰه أو غير ذلك مما سمى وشرط ، وان كان الخارجُ منها لم يخرج خروجَ إنقطاع وإنما خرج لبعض ما يخرج الناسُ إليه من أسفارهم ثم رجع إلى بلده كان بمنزلة الحاضر من أهل الحبس .

قال محمد بن رشد : كل ما ذكره ابن القاسم في هذه المسألة من وجه قسم الحبس المعقب في السكنى والغلة . هو المنصوص له المعلوم من مذهبه وابن الماجشون يخالف في ذلك ما حكاه عنه ابن المواز فيرى أنه لا يفضل الفقير على الغني في الحبس المعقب ، كما لا يفضل في الحبس على المعينين ، ويؤخذ من مذهب ابن القاسم في مسائله ما يُسْتَقْرَأُ منه مثل قول ابن الماجشون . وقد مضى بيان ذلك كله في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم البز منه فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وكل وصي رجل كان أو امرأة تصدق على أحد ممن يليه وهو في حجره فَحَوْزُهُ له حَوْزٌ بمنزلة الأب في ابنه على ما فسرتُ لك ووصفت .

قال محمد بن رشد : هذا ما لا اختلاف فيه من أن الوصي في الحوز على من يلي ممن إلى نظره بمنزلة الأب سواء . وإنما الإختلاف هل ينزل منزلته في ذلك سواه من قريب أو حاضر حسبما مضى القولُ فيه قبل هذا في هذا الرسم وباللّٰه سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله حمل صبياً على دابة

قال ابن القاسم في الدار الحُبُس على قبيلة فيأتي رجل منهم فيبني فيها الحوانيت والبيوت للغلة والسكنى .قال ابن القاسم أما السكنى فمن سكن منهم فهو أولى بما سكن مما يكفيه ولا يدخل عليه غيره . وأما ما بنى للغلة فينبغي أن يقاضِيَ نفسه بما يستوفي من الخراج ، فيتقاضى من الخراج ما أنفق في البنيان ، فإذا تقاضى ما أنفق في البنيان فالكراء بعد ذلك لجميع من حبس عليه حاضرهم وغائبهم ، ويؤثر بذلك أهل الحاجة منهم والمسكنة . فإن بقي بعد ذلك شيء قسم بين الأغنياء، فإن جاء رجل فأراد أن يدخل مع الذي بَنَى في الغلة فإنه يغرم للذي بنى نصف ما بقي له من حقه ويدخل معه فيه فيكون في يديه نصف ما بقي للغلة يأخذ غلتها ويقاصّ نفسه حتى يستوفي حقه ، فإذا استوفى حقه كانت الغلة بين من حُبِّسَتْ عليه على ما وصفتُ لك . فهذا وجه الحبس .

فإن كانت القَاعَةُ لا كراء لها قبل البناء ؟ قال : نعم وإن كانت القاعة لا كراء لها قبل ذلك فإن غلة الحوانيت والدُّورِ التي بنى بها يُقَاصُّ بها نفسه من يوم أخذ لها غلة جاءه أحد أَوْ لم يَجِئْهُ .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في هذه المسألة فيكون في يديه نصف ما بقي للغلة صوابُهُ فيكون في يديه نصف ما بَنَى للغلة وكذلك في بعض الرواية . وهي مسألة بينة لا إشكال فيها ولا التباس في شيء من معانيها . وقال ابن دحون إنه يدخل فيها جميع الاختلاف الذي في الرِّحَا تخرب فيبنيها بعض أهلها والبير تتهور فيصلحها بعض أهلها . ولا يدخل فيه جميعُ ذلك الإختلاف كما ذكره . وإنما يدخل فيها أكثرُهُ فيدخل فيها من ذلك الاختلاف القولُ بأن

الغلة كذلك تكون للباني إلّا أن يريد شريك أن يدخل معه فيها فيأتيه بما يجب عليه من النفقة التي أنفق أو من قيمتها على الاختلاف في ذلك . وهذا إذا أراد الدخول معه بحدثان ما بنى .

وأما إن لم يرد الدخول معه حتى بَلِيَ البنيان فلا يلزمه أن يدفع إليه إلّا ما ينوبه من قيمة البنيان على حالته التي هو عليها من البِـلَا قولاً واحداً . وقد مضى وجه العمل في ذلك في نوازل عيسى من كتاب السِداد والأنهار ، فإن كان للحبس كراء قبل أن يُبْنَى فيه هذا البناء كان على الباني لإشراكه في الحبس ما يجب لهم من ذلك الكراء ، ولا اختلاف في هذا ، وإن كان لم يكن للحبس كراء قبل أن يبني . فيدخل فيها الاختلاف الذي في الرحا الخَرِبَةِ يبنيها بعضُ الأشراك على هذا القول ، هل يكون عليه فيها كراء أم لا ؟ وقد مضى فيها توجيه هذا الاختلاف في النوازل المذكورة . ولا يدخل في هذه المسألة قولُ محمد بن إبراهيم الذي في الرحا الخربة يبنيها بعضُ الأشراك إن الغلة تكون بينهم فيكون للعامل منها بقدر ما أنفق وبقدر ما كان له فيها قبل أن ينفق ، والذي لم يعمل منها بقدر ما له من قاعتها ، لأن الحبس ليس بملك للمُحَبَّسِ عليهم فيشتركون فيه على ما ذكره في الرحا الخربة بين الأشراك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب القطعان

قال يحيى : وسألت ابنَ القاسم عمن حبس في مرضه فقال على ولدي وولد ولدي وترك زوجه وأمه وغيرهم من الورثة ، فقال : يقسم بين أعيان الولد[٩] وولد الولد ذكرهم وأنثاهم شَرَعاً سَوَاءً على

---

(٩) هذه مسألة تعرف في الفقه بمسألة ولد الأعيان ، وقد ذكرها الشيخ خليل مستثناة من الحبس الذي يبطل بسبب كونه في المرض على الوارث حيث قال : أو على وارثه =

عددهم للذكر مثل حظ الأنثى ، فما صار لولد الولد أسلم اليهم لأنهم ليسوا بورثة المحبس ، فجازت الوصية لهم ، وما كان من ولد الأعيان شَرَكَهُمْ من وَرِثَ الميتَ المحبِّسَ من امرأة أو أم أو ولد أو غيرهم يقتسمون ذلك بينهم على قدر مواريثهم(١٠) من فرائض الله .

وتفسير ذلك أنه إن كان ولد الولد أربعة وولد الأعيان ثلاثة قسم الحبس على سبعة أجزاء فأُعْطِيَ ولدُ أربعةَ أجزاء ، وأعطى ولد الأعيان ثلاثةَ أجزاء ، ثم رجع جميعُ من ورِث المحبِّسَ من أم أو ولد أو زوجة أو غيرهم فيقتسمون تلك الثلاثة الأجزاء على مواريثهم من الميت لأنها وصية لوارث ، ولا تجوز وصية لوارث . غير أن ذلك يكون حبساً في أيديهم ولا يبيعون ولا يهبون حتى تنقطع أعيان الولد لأنه قد جعل مرجعه إلى غير وارث وهم ولد الولد ، فإذا انقطع ولد الأعيان رجع جميع ذلك الحبس الى ولد الولد ، فإن مات أحد من ولد الأعيان أو ولد الولد رجع نصيبه على من بقي من ولد الأعيان وولد الولد فاقتسموه أيضاً ثانية ، فما صار لولد الولد أسلم إليهم وما صار لولد الأعيان دخل فيه جميعُ من ورث الميت من الأعيان وغيرهم ، فيقتسمونه بينهم على قدر مواريثهم من الميت .

= بمرض موته إلا معقباً خرج من ثلثه فكميراث للولد كثلاثه أولاد وأربعة أولاد الأولاد وعقبه وترك أماً وزوجة فيدخلان فيما للأولاد. ومنه يفهم أنه لا بد أن يكون الوقف معقباً ، فإن قال : على أولادي وأولاد أولادي ولم يقل عقبهم بطل على الأولاد وصح على أولاد الأولاد ، فما ناب الأولاد يكون إرثاً لهم لا شائبة للوقف فيه ، كما يفهم منه أنه لا بد أن يحمله الثلث ، وإلا فما حمله الثلث يكون وقفاً و كل ما لم يحمله كان إرثاً .

(١٠) يعني مع بقائه بأيديهم حبساً لا يتصرفون فيه ببيع ولا هبة ولا غيرهما ، إذ هو حبس معقب . أما ما ورثوه من الهالك المحبس لا على جهة الحبس فإنهم يتصرفون فيه بجميع أنواع التصرف .

وتفسير ذلك أن الحبس قُسِمَ أوَّلاً على سبعة أجزاء فكان لأعيان الولد ثلاثة أجزاء ، فقسمت تلك الثلاثة الأجزاء على جميع ورثة المحبِّس ، فإذا مات واحد من ولد الأعيان وقسم سهمه الثانية(١١) فإنه يقسم سهمه ذلك الذي صار له من السبعة الأجزاء على ستة أجزاء ، فيكون لولد الولد أربعة أجزاء ولولد الأعيان اثنان، لأنها الآن اثنين، ثم يُقْسَمُ الجُزْآنِ اللذان صارا لولد الأعيان على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى جميع من ورث الميت المحبس فما كان للباقين أخذاه ، وما صار للميت من أعيان الولد دُفِعَ إلى ورثته فاقتسموه بينهم على فرائض الله ، يدخل فيه امرأته وأخته وأمه وجميع من يرثه فيستمتعون بذلك ما عاش واحدٌ من أعيان الولد ، ويَضْرِبُ ولدُ هذا الميت من أعيان الولد في هذا السهم الذي مات عنه أَبوه بسهمين ، سهم مع المحبِّسِ عليهم من ولد الولد وولد الأعيان ، وسهم مع ورثة أبيه الميت فيما صار لأبيه من السهمين اللذين صارًا لولد الأعيان حين قُسِمَ على ورثة المحبس .

فإن مات أحدٌ من ورثة المحبِّس من غير ولد الأعيان أو واحد من ورثة الابن الميت من أعيان الولد . فإن مات منهم فسهمُه بين من يرثه من أهل ميراثه من أم أو زوجة أو غيرهم على فرائض الله لا يدخل فيه غيرهم ، ولا تنتقض القسمة بموت من مات منهم لأنهم ليسوا ممن حبس عليهم . فإن مات أحد من ولد الأعيان فإن سهمه لا يرثه ورثته وإنما يرجع على من حبس عليه معه ، فإذا مات على وصفتُ لك ، وَوَلَدُ الأعيان ثلاثةٌ وكان ولد الولد أربعةً فمات منهم هذا الواحد وصاروا ثلاثة فإن سهمه الذي صار له من السبعة الأجزاء

(١١) احترازاً من سهمه الأولى التي نالها بالإرث الذي لا شائبة للوقف فيه .

يُقسم على ستة أجزاء فيُعطي ولدُ الولد ثلاثة وولد الأعيان ثلاثة ، فما صار لولد الأعيان دخل فيه جميعُ من ورث المحبس ميتاً كان أو حياً فاقتسموه على فرائض الله ، فما صار للأحياء من ورثته أخذوه ، وما صار للميت من ورثته دفع إلى ورثة الميت فاقتسموه بينهم على مواريثهم منه .

وكلُّ ما ولد لولد الولد أو ولد الأعيان الولد فإن القسمة تنتقض وتقسم على عدد ولد الولد وولد الأعيان قَلُّوا أو كَثُرُوا ولو لم يُبق من أعيان الولد إلاَّ واحدٌ وقد صار ولد الولد عشرة فإن الحبس يُقسم على أحد عشر فيكون للباقي من ولد الأعيان جزء ، ولولد الولد عشرة أجزاء . فعلى هذا يُقسم الحبسُ أَبَداً على ما فسرتُ لك ، ولا تنتقض القسمةُ بموت من مات من أعيان الولد وَلا من ولد الولد ، وإنما يقسم سهمه قط على ما فسرتُ لك .

وليست تنتقض القسمة إلاَّ إذا زادَ ولد الولد فإنها تنتقض وتقسم ثانية على من زاد وعلى من هو في الحبس ممن هو حي ، فما صار لمن بقي من أعيان الولد دخل في ذلك جميعُ من ورث المحبس مَيِّتُهم وحَيُّهُم فما صار للحي منهم دفع إليه ، وما صار للميت دفع إلى ورثته ، وَوَرِثَتْهُ ورثتُـه على ما ينوبهم فيه ، فإذا مات جميعُ ولد الأعيان سقط هؤلاء كلهم ، ورجع الحبسُ كله إلى ولد الولد أو إلى أقرب الناس بالمحبس من عَصَبَتِهِ إن لم يبق أحد من أعيان الولد ولا من ولد الولد .

وسئل عنها سحنون . فقيل له : الرجل يحبس على ولده وولد ولده وله أم وزوجة هلكوا ؟ . قال : هذه من حِسَانِ المسائل وقل من يعرفُها ، وأصلها في كتاب ابن القاسم في غير موضع . فهي في

بعض الكتب خطأ وفي بعضها صواب والصواب فيها أنه ينظر كم ولده وولد ولده ؟ فإن يكن ولده ثلاثة وولد ولده ثلاثة وحالُهم واحدةٌ قسمت الحبس على ستة أسهم ، فلِوَلد الولد ثلاثَةُ أسهم ، وهو النصف ، ولولد الأعيان النصف ، ثم يقسم نصيبُ الأعيان على فرائض الله ، فتأخذ الأم السدس والزوجة الثمن ويكون ما بقي لولد الأعيان . فإن انقرض ولد الولد قبل ولد الأعيان رجع ما كان في أيديهم إلى أقرب الناس بالمحبس وهم ولد الأعيان فكان في أيديهم على سنة الحبس ، وليس للأم ولا للزوجة فيه شيء ، لأن وصية الميت نفذت لهم وسقطت المحاباة ؛ فإذا انقرضوا رجع ما كان في أيديهم ويد الأم والزوجة إلى أولي الناس بالمحبس الأول ، وإن مات واحد من ولد الأعيان أخذ ما في يديه فاقتسم على فرائض الله ، فللأم سدسه ، وللزوجة ثمنه ، ولولد الأعيان ما بقي . فإن هلك الثاني أخذت الأم مما في يديه سدسه ، وللزوجة ثمنه . .

وإن هلك الثالث نزع ما في يد الأم والزوجة وما كان في يد الولد ورجع إلى أولى الناس بالمحبس وإنما يقاسم الأم والزوجة ولدُ الأعيان إذا هلك الأول وبقي إثنان . وإذا هلك الثاني وبقي واحد أخذ ما في أيديهم من النصف الأول الذي صار لهم ، وأما ما رجع إليهم من حق ولد الولد فإن ذلك لا تدخل فيه الأم والزوجة لأن ذلك مما يرجع إليهم من وصية قد أنفذت لوجهها ولم يكن فيها محاباة لوارث . أَلَا ترى لو أن رجلاً أوصى لولد ولده بدار حبس عليهم وله ولد لصلبه وأم وزوجة لكانت نافذة لهم لأنهم غير ورثة ولم يكن للزوجة فيها وصية مَقال ولا للأم ، فلو هلكوا كلهم ولد الولد رجع كل ما بأيديهم إلى أولى الناس

بالمحبس وهو ولده لصلبه ولم يكن للأم ولا للزوجة مقال. ألا ترى أنه لو أوصى لولد ولده بثلث ماله وصية لهم يكون لهم مال ويأكلونه وينتفعون به وله ولد وأم وزوجة لكانت وصيةً جائزةً لهم لأنهم غير ورثة ، ولم يكن للأم ولا للزوجة كلام ، ولو هلك ولد الولد لكان ما كان لهم مما أوصى به جدهم لهم ميراثاً لولده لصلبه ، ولم يكن للزوجة ولا للأم كلام . وقد فسرتُها لك وجهاً وجهاً ، وهي من حسان المسائل . وقد قيل إن مات ولدُ الولد وبقي ولدُ الأعيان أو واحد من ولد الأعيان فإن نصيبهم الذي كان لهم يرجع إلى ولده لصلبه.وكذلك الواحد منهم يقسم نصيبه على من بقي من ولد الولد وولد الأعيان فما صار لولد الأعيان أحد قائم . فإذا انقرض ولد الأعيان وقد كان صار إليهم ما كان لولد الولد كلهم أو ما صار إليهم من نصيب الواحد منهم مما أدخلنا في جميع ما رجع إليهم نصيب الزوجة والأم فإذا مات ولد الأعيان كلهم رجع ما في أيديهم ويد الزوجة إلي أولى الناس بالمحبس وهذا الذي عليه أكثر الرُّواة والله أعلم .

قال محمد بن رشد : الحبس في المرض على الولد وولد الولد وصية لوارث وغير وارث ، لأن الولد وَرَثَةٌ ، وولد الولد غير ورثه ، وحكمُ الحبس على الولد وولد الولد أن يرجع حظ من مات منهم على بقيتهم . فالوصية للوارث في هذا التحبيس تقل بموت من ولد الولد[١٢] وتكثر بموت من يموت من ولد الولد ولسائر الورْثة مع الولد أن يدخلوا عليهم فيما صار لهم من هذا الحبس قل أو كثر ، فيكون بينهم على سبيل الميراث إذ لا تجوز وصية لوارث إلاَّ أن يجيزها الورثة ، فإن كان الولد ثلاثة وولد الولد أربعة على ما نَزَّلَ

(١٢) في نسخة ق ١ : تقل بموت من يموت من الولد وهي الصواب .

المسألة عليه في الرواية فَقُسِمَ الحبسُ بينهم أسباعا إن استوت حالتُهم على المشهور من مذهب إبن القاسم أو استوت أو لم تستو على ظاهر هذه الرواية وهو مذهب ابن الماجشون على ما حكاه ابن المواز ، وجب لسائر الورثة الدخولُ على الولد في الثلاثة الأسباع ، على سبيل الميراث . وكذلك إن مات واحد من ولد الولد فقسم حظه [من الحبس على بقيتهم[13]] يدخل سائر الورثة أيضاً على [الولد فيما نابهم[14]] من حظ الميت فيكون بينهم على سبيل الميراث . وكذلك إن مات الثاني من ولد الولد ثم الثالث ثم الرابع ، كلما مات منهم ميت يدخل سائر الورثة فيما ناب الولدَ من حظ الميت من ولد الولد ، فإذا لم يبق من ولد الولد أحدٌ رجع جميع الحبس ميراثاً بين جميع الورثة ، ومن مات منهم كان حظه لورثته ما بقي من الولد أحد . فإذا انقرض جميعهم بموت آخرهم رجع الحبس كله إلى أقرب الناس بالمُحَبِّسِ حبساً وسقط منه حق جميع الورثة وورثة الورثة[15] . وأما إن مات من الولد أحد قبل موت ولد الولد وقد كان الحبس قُسِم أولاً على سبعة أسهم ، فحصل منه للولد ثلاثة أسهم أخذت منها الزوجةُ الثمنَ والأمُّ السدسَ . فقال في الرواية إنه يقسم سهمه ذلك الذي صار له من السبعة الأجزاء على ستة أجزاء ، فيكون لولد الولد أربعة أجزاء ولولد الأعيان جزآن ، لأنهما الآن إثنان . ثم يقسم الجزآن اللذان صارا لولد الأعيان على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى جميع من ورث الميت المحبس . فما كان للباقين أَخَذَاهُ وما صار للميت من أعيان الولد دُفِعَ إلى ورثته فاقتسموه بينهم على فرائض الله يدخل فيه أمه وأخته وجميع من يرثه فيستمتعون بذلك ما عاش واحدٌ من أعيان الولد . وفي قوله فَيَسْتَمْتِعُون بذلك ما عاش واحد من أعيان الولد نظر ، إذ لا يستمتعون بجميعه

---

(١٣) ما كتب بين معقوفتين مأخوذ من نسخة ق ١ .

(١٤) بياض بالأصل ، وإصلاحه من نسخة ق ١ .

(١٥) في نسخة ق ١ : وورثه الميت .

ما عاش واحد من أعيان الولد كما قال ، لأنه إذا مات واحد من أعيان الولد بعد ذلك وجب أن يردوا مما صار لهم ما يجب لهم من ذلك لولد الولد وإنما يستمتع كل من صار بيده من الورثة شيء من الحبس بجميع ما صار له ما بقي أحد من أعيان الولد إذا مات جميع ولد الولد يرجع جميعُ الحبس إلى الولد حسبما ذكرناه .

وقال ابنُ دحون : قولُه إذا مات أحد ولد الأعيان فقسم حظه على من بقي من ولد الأعيان وعلى ولد الولد إن الجزءَيْن اللذين صَارَا لولد الأعيان يقتسمان على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى جميع الورثة غلطٌ ، بل يرد الورثة كُلٌّ مَا بِأَيْديهم إلى الجزءين ويقتسمون ذلك على فرائض الله .

وإنما قال ابنُ دحون ذلك لأنه تأول على ابن القاسم أن الواحد من ولد الأعيان إذا مات يؤخذ جميع ما بيده فيضاف إليه ثلث سدس الأم وثلثُ ثمن الزوجة فيصير سبعاً تاماً ، ثم يقسم هذا السبع على ما ذكر في الرواية ، ولذلك قال إن قوله يقسم الجزآن غلط ، بل يرد الورثة كُلٌّ مَا بأيديهم إلى الجزءين ويقتسمون ذلك على فرائض الله كما تأول أبو اسحاق التونسي على ما في المدونة ، وهو تأويل خَطَأٌ تفسد به المسألة . والصواب الذي يصح أن يحمل عليه ما في الرواية أن الواحد من ولد الأعيان إذا مات لا يؤخذ جميع ما في يديه ، وإنما يؤخذ سهمه الذي صار له من السبعة الأجزاء حين قسم الحبس على ولد الأعيان وعلى ولد الولد مما بيده ومما بيد الباقين من ولد الأعيان ومما بيد الأم والزوجة ، لأنه قد قُسِمَ ذلك عليهم أجمعين مع السبعين الآخرين اللذين كانا صارا لولدي الأعيان ، فيأخذ مما بيد كل واحد منهم ثلثه ، لأن ولد الأعيان ثلاثة فيكمل السبع على هذا ثم يقسم هذا السبع على الباقين من ولد الأعيان وعلى ولد الولد ، فما ناب ولد الأعيان منه قسم على الميت من ولد الأعيان وعلى الباقين منهم وعلى الأم والزوجة ، فما ناب الميت من ولد

الأعيان كان لورثته مضافاً إلى ما كان بقي بيد الميت موروثِهم ، وما ناب الباقين من ولد الأعيان والأم والزوجة كان لهم مضافاً إلى ما كان بقي في أيديهم ، فَيَتَساوَوْنَ على هذا في جميع ذلك على قدر مواريثهم كما يتساوون في بعض القسم على ما روى يحيى . وفي رد الورثة كل ما بأيديهم إلى الجُزْءَيْنِ واقتسام ذلك كله على جميع الورثة إذا أخذ جميع ما في يد الميت من ولد الأعيان على تأويلهما الفاسد والله الموفق للصواب برحمته .

وقولُ ابن القاسم إذا مات واحد من ولد الولد إنَّ ما صار من حظه لولد الأعيان دخل فيه جميع من ورث المحبس ميتاً كان أو حياً فاقتسموه على فرائض الله إلى آخر قوله . هو خلافُ مذهب سحنون في أن ما صار لأعيان الولد من قبل ولد الولد لا يدخل فيه الورثة لأنه إنما يصير إليه بمرجع الحبس لا بالوصية ، وقد قيل إن سحنون إنما يقول ذلك إذا مات جميع ولد الولد . وأما إذا مات واحد منهم فيدخل الورثة فيما صار إلى ولد الأعيان من قبله ، والرواية عنه منصوصة بخلاف ذلك أن الورثة لا يدخلون فيما صار لأعيان الولد من قِبَلِهِمْ مات جميعُهم أَوْ واحد منهم .

وقولُه في هذه الرواية إن القسمة لا تنتقض بموت من مات من ولد الأعيان ولا من ولد الولد وإنما يقسم حظه فقط ، معناه إذا كان ينقسم خلافُ ظاهر ما في سماع يحيى من أن القسمة كلها تنتقض كما إذا زاد ولد الولد ، وأما إذا لم ينقسم حظ من مات من الولد أو ولد الولد على من بقي منهم فلا اختلاف في أن القسمة كلها تنتقض من أصلها كما إذا زاد ولد الولد ورواية يحيى في أن القسمة تنتقض بموت من مات منهم ليست بمخالفة لهذه الرواية فيما تخرجه القسمة لكل واحد منهم في القلة والكثرة إذا لم تنقض ، فليست بمخالفة لها إلا في صفة العمل . وروايةُ يحيى أ ولى لما في ترك نقض القسمة من التشغيب والعناء مما لا يؤدي إلى معنى .

وقولُ سحنون والصوابُ أن يُنْظَرَكم ولده وولد ولده؟ فإن يكن ولد ولده

ثلاثة وحالهم واحدة قسمت الحبس على ستة أسهم . قيل إنه تفسير لقول ابن القاسم . وقيل إنه خلافٌ له ، إذ قال إن الحبس يقسم على عددهم ولم يشترط تساوي أحوالهم . وقد قيل إن ابن القاسم فرق بين التحبيس في المرض لما كان بمعنى الوصية فرأى ألاَّ يفضل فقيرهم على غنيهم ، بخلاف من حبس في صحته ، واتفقا جميعاً أعني ابنَ القاسم وسحنون على ألاَّ يفضل في هذه المسألة الولد على ولد الولد . وذلك خلاف ما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك مثل قول المخزومي وغيره في قوله : وكان المغيرةُ وغيره يستوي بينهم . وقد مضى تحصيل الاختلاف في هذا في أول رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته .

وقولُ سحنون فإذا انقرض ولد الولد قبل ولد الأعيان يريد أو واحد منهم على ما قاله في غير هذا الكتاب رَجَعَ ما كان في أيديهم إلى أقرب الناس بالمحبس وهم ولده الأعيان فكان في أيديهم على سنة الحبس ، وليس للأم ولا للزوجة فيه شيء لأن وصية الميت نفذت لهم وسقطت المحاباةُ ليس بصحيح وهو غلط بين ، لأنه إنما يرجع إلى من معه في الحبس ، وإنما يرجع الحبس إلى أقرب الناس بالمحبس إذا انقرض المحبس عليهم كلهم . فأما ما بقي منهم قوم فذلك راجع إليهم على جهة الوصية التي لهم لا على جهة أنهم أقربُ الناس بالمحبس . وإذا كان هذا هكذا فالأم والزوجة يدخلان فيما رجع إلى ولد الأعيان من قبل ولد الولد وإن انقرضوا كلهم لأنها وصية رجعت إليهم . وقال ابن أبي زيد في المختصر : إنما قال سحنون إن الأم والزوجة لا يدخلان فيما رجع إلى الولد من قبل ولد الولد إذا ماتوا كلهم ، فأما في موت واحد منهم فتدخل الأم والزوجة فيما يصيب ولد الأعيان من نصيب ولد الولد في قول جميعهم ، لأن أسباب المواريث قائمة بينهم . وكذلك تأول عليه ابن دحون . وهو تأويل لا يعضده نظر ، ويرده أيضاً الرواية الموجودة عن سحنون بأن الواحد منهم إذا مات فلا تدخل الأم والزوجة فيما رجع من حظه إلى ولد الأعيان .

وقول سحنون في الرواية : وإن مات واحد من ولد الأعيان يريد إن مات بعد انقراض ولد الولد أخذ ما في يديه ، يريد جميعَ السدس الذي صَار له أولاً من الحبس حين قسم على الولد وولد الولد فاقتسم على فرائض الله ، فللأم سدسه وللزوجة ثمنه يريد وقد أخذتا ذلك فلا يَسْتَرِدُّ من عندهما ولدُ الأعيان ما بقي يريد مما صار له بالميراث خاصة دون ما صار له من رجوع الحبس من قبل ولد الولد ، فالذي صار اليه بالميراث هو الذي يقسم على ورثته. وأما ما صار إليه بالرجوع عن ولد الولد فإنما يرجع الى أخيه ، فإن لم يكن له أخ رجع إلى أقرب الناس بالمحبس على مذهب سحنون ، وهو غلط على ما بيناه .

وقولُه فإن هلك الثاني أخذت الأم مما في يديه سدسه غلطٌ ، لأنه إنما تأخذ الثلث إلى أن يموت هذا الثاني عن ولد الولد .

وقول سحنون وإنما يقاسم الأم والزوجة ولد الأعيان إذا هلك الأول وبقي اثنان وإذا هلك الثاني وبقي واحد صحيح .

وقولُه بعد ذلك أخذ ما في أيديهم يريد فإذا هلك ذلك الواحد الذي بقي أخذ ما في أيديهم من النصف الذي صار لهم يريد أنه يؤخذ منهم فيكون ميراثاً عن المحبس لورثته وورثة من مات من ورثته .

وأما قوله وأما ما رجع اليهم من حق ولد الولد فإن ذلك لا يدخل فبه الأم والزوجة لأن ذلك مما رجع اليهم من وصية قد انفذت لوجهها ولم يكن فيها محاباة لوارث الى آخر قوله . فقد بينا وجه الغلط نيه وَأَنَّ قـولَ ابن القاسم إن الزوجة والأم يدخلان فيه هو الصحيح ، لأنه وصية لوارث ، إذ لم ترجع اليهم بمرجع الأحباس وإنما رجع اليهم بحكم تحبيس المحبس عليهم .

وقع في النوادِر قال سحنون في العتبية : وإذا انقرض ولد الولد وصار ما بأيديهم لولد الأعيان ثم مات واحد منهم فتأخذ الأم(١٦) والزوجة ميراثَهما مما

---

(١٦) في نسخة ق ١ : فلتأخذ الأم .

في يديه من السدس الذي أَخَذَ أَوَّلاً مما دار إليه عن ولد الولد فما بقي قسم بين ولدي الأعيان . قال أبو محمد ينبغي أن يكون والله أعلم إنما أخذ أولاً هذا السدس بالميراث فعند الأم سدسه وعند الزوجة ثمنه فلا يرد من عندهما لانقراض ولد الولد الذين لهم في ذلك حجة ولكن يقسم ما بيده من بقية ذلك السدس على ورثته ، لأمه سدسه ولزوجته حقها الربع ولبقية ورثته ما بقي ، فإن كان إخوته هذين فهو لهما ، وأما ما بيده على ولد الولد وهو سدس ثاني فهو كسبيل الأحباس عنده في رواية العتبي لا شيء لورثته فيه ويرد إلى أولي الناس بالمحبس وهما أَخَوَا هذا الميت بينهما بنصفين . كما وقع قول سحنون في النوادر ، وهو يبين قولَه في الكتاب ففيه لبس . وقولُ ابن أبي زيد مفسرٌ لقول سحنون لا خلافٌ له إن شاء اللّٰه .

وقوله في آخر المسألة : وقد قيل إذا مات ولد الولد وبقي ولد الأعيان هو قول ابن القاسم . وقد تقدم وجه تصحيحه فلم يأت سحنون في هذه المسألة بشيء ، لأنه أخطأ فيما خالف فيه ابن القاسم وأتى في تفسيره بكلام غير بين ولا مستقيم يفتقر إلى ما بيناه به من التفسير وبالله التوفيق .

ومن كتاب العشور

قال مالك من حبس على بناتٍ له حبساً فبنات بنيه الذكور يدخلن مع بناته لصلبه في الحبس .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن بنات إبنه يقع عليهن إسم بنات في اللغة ، ولهن حكمُ البنات في الميراث إذا لم يكن دونهن ولد فوجب أن يدخلن مع بناته لصلبه في الحبس . وقد مضى ذلك في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

قال وسألته عن الرجل يحبس الشيء من ماله على رجل ويستثني أن مرجعه اليه يجعله حيث شاء [وأنه يرجع مرجعه حيث شاء(١٧)] ثم مرض المحبس فيجعل مرجعه وهو مريض لوارث. قال ابن القاسم لا يجوز ذلك للوارث ولا يجوز له منه شيء لا من رأس المال وَلاَ من الثلث إلاَّ أن يشاء الورثة لأن مالكاً قال في الرجل يُخْدِمُ الرجلَ عبدَه حياتَه ثم يمرض المخدِم فيجعله بعد مرجعه لرجل آخر بَتْلاً . قال لي مالك هو من الثلث لصاحب البتل . فلما جعل مالك هذا من الثلث كان الذي جعل مرجعه في مرضه لوارث باطلاً ، لأنه مالٌ من ماله بعد المرجع يورثه مع ما يورث ، وهذه وصية لوارث فلا تجوز إلاَّ أن يُجيزها [للوصية (١٨)] الورثة .

قال محمد بن رشد : أما إذا حبس الشيء من ماله على الرجل واستثنى أن مرجعه إليه ولم يقل ليجعله حيث شاء فذلك كمسألة مالك في الإخدام سواء ، إن صرف المرجع في مرضه لوارث فهو باطل ، وإن صرفه لغير وارث فهو من ثلثه ، يقوم فيه قيمة صحيحة إن كان قد رجع وقيمتُه على الرجاء والخوف إن كان لم يرجع بعدُ . وكذلك إن حبسه عليه حياته ولم يشترط أن مرجعه إليه مِلْكاً على القول بأن الحكم يوجب ذلك . وأما إن حبسه عليه وشرط أن مرجعه إليه ليجعله حيث يراه فأصبغُ يقول إن سبله فيما رأى وأَحَب في مرضه فهو من رأس المال ، وإن سبله على وارث فهو ميراث إلاَّ أن يُمضي ذلك له الورثة ، خلافُ قول ابن القاسم هذا وبالله التوفيق .

---

(١٧) ما بين معقوفتين زيادة على ما في نسخة ق ١ وموافقة لما في نسخة ق ٣ .

(١٨) ما بين معقوفتين زيادة على ما في نسختي ق ١ : و ق ٣ : والظاهر زيادة ذلك .

من سماع يحيى بن يحيى
من ابن القاسم من كتاب الصبرة

قال يحيى وسألته عن الرجل يحبس داراً على بناته ويشترط أن أَيَّتَهُن تزوجت فلا حق لها في الحبس ، فإن رَدّها طلاق زوج أو موته فهي على حقها من الحبس ، فإذا متن كلهن فهي صدقة على رجل خصه من قرابته أو غيرهم أو مرجعاً إلى بعد موتهم ، فتزوجن كلهن فلم يجد المتصدقُ عليه سبيلاً إلى أخذ الدار بالصدقة لِبَقَاء البنات أو هو بما استثنى وأخرج البنات من الحبس بتزويجهن ، فقلت لمن تكون غلة الدار إلى أن يرد بعضَ البنات رادّةٌ من موت زوج أو طلاق أو إلى أن يمتن فتصير للمتصدق عليه أو إلى المحبس ؟ فقال : أرى غلتها في تلك الفترة للمحبس إن كان استثنى مرجعها إليه وكان حياً أو لورثته إن كان ميتاً ، قلت له الورثة من غير البنات ؟ . فقال : لا بل لِأَقْعَدِ الناس به ممن يرثه مع بناته ويكون لهم ولهن الغلة في تلك الفترة على حال الميراث ، وليس على حال الحبس . قلت أرأيت إن دخلت البنات مع غيرهن من الورثة بأَنْ لم يكن له وارث إلّا بناته اللائي حبس عليهن وبقية ذلك لِجماعة المسلمين أيُعطيهن ثُلثَ الغلة أم لا يرجع إليهن إلّا أن يكون معهن وارث من الولد أو ولد الوَلد يُرَدُّ ذلك عليهن ؟ قال : وإن كان جعلها صدقة على رجل بعد موتهن فالغلة في الفترة للمتصدِّقة بها عليه ولا توقف الغلة على حال لأنك إذا أوقفتها إذا متن رَدَدتها إلى المحبس إن كان استثنى مرجعها إليه أو إلى المتصدق بها عليه إن كان تصدق بها بعد موتهن ، فإن كنت إنما توقف الغلة لموتهن ثم تدفعها إلى من تصير الدار له فَحَبْسُ ذلك عند من الظلم . قال وإن أوقفتها فإن رَدّتهن رادّةٌ دفعت الغلة

إليهن كنت كمن أجرى لهن الغلة في الحين الذي لم يكن لهن في الدار شيء ، فأَحَبُّ ذلك أن تدفع الغلة في الفترة معجلة إلى من استثنى المحبس مَصِيرَ الدار إليه بعد موتهن .

قلت أرأيت إن كان إنما جعلها حبساً على الرجل بعد موت البنات أيعطي الغلة أيضاً في الفترة كما أعطيها حيتن أُبَتِّلَتْ له بالصدقة .

قال محمد بن رشد : لم يجب ابن القاسم من هذه المسألة في موضعين . أَحَدُهُما . إذا تزوج البناتُ كلهن وقد استثنى المحبس مرجع الدار إليه بعدهن . فقال إن الغلة تكون في تلك الفترة للمحبس إن كان حياً بما استثنى من مرجع الحبس إليه أو لورثته إن كان ميتاً : بناتِهِ المتزوجاتِ وغيرهن على سبيل الميراث ، فسأله إن لم يكن له وارث معهن غير جماعة المسلمين أيكون لهن ثلثُ الغلة أو لا يكون لهن منها شيء إلّا أن يكون معهن وارث من الولد أو ولد الولد للمحبس يرد ذلك عليهن ؟ فلم يجب على ذلك . والجواب عليه ، أنه يكون لهن ثلث الغلة ، والثلث لجماعة المسلمين لأنهم هم الوارثون للمحبس معهن ولا إشكال في ذلك على مذهبه . والموضع الثاني إذا جعل الدار بعد البنات حبساً على رجل لاَ صَدَقَةً مُبَتَّلَةً هل تكون الغلة له في تلك الفترة وهي ما دامت البنات متزوجات والجواب في ذلك أنها تكون له على ما وقع من رواية ابن القاسم عن مالك في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى ، وقد مضى هذا الكلام هناك على معاني هذه المسألة ، فلا معنى لإعادته .

ويدخل في تحبيس الرجل دارَه على بناته بناتُ بنيه الذكور حسبما مضى في رسم العشور من سماع عيسى قبل هذا ، وقد مضى بيانه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصلاة

وسئل عن رجل حبس منزلاً له في وصيته على ولده وولد ولده فإذا انفرضوا فهي حبس في سبيل اللّه واستثنى أيما إمرأة تزوجت من بناته أو بنات بنيه فلا حق لها في الحبس إلاّ أن تردها رادّة من موت زوج أو طلاقه . فقال أن وَسِعَ ذلك الثلثُ قُسِمَ المنزل على عدد الولد الذكور والإناث وولده ، الولدُ الذكورُ والإناث شَرَعاً سواء فما صار لولد الولد ولهم خاصة لا يدخل معهم فيه أحدٌ من ورثة الموصي ، وما صار لأعيان ولد الموصي من قسمة الدار المحبسة دخلت عليهم فيه أمُّ الميت وزوجتُهُ وكل من ورثه فاقتسموه على كتاب الله ، لأنه أوصى لوارث . قال فإن تزوج من أعيان بناتِ الميت المحبِّس دِنْيَةً أُخِذَ القسم بينهم[١٩] ثانية فَقُسِمَ بين الأعيان أجمعين ما عدا المتزوجة وولد الولد وأنزلت المتزوجة كأن لم تكن من بنات الميت ، فما صار من ذلك لولد الولد فلهم خاصة لا يدخل عليهم فيه أحد من ورثة الميت ، وما صار لأعيان ولد الميت دنية قسم بينهم وبين جميع من ورث الميت على كتاب الله ، ودخلت معهم الإبنة المتزوجة لأن الذي استثنى عليها أبوها لا يُخرجها من حقها من الميراث . وإنما يُطْرَحُ عندما يقسم المنزل بين أعيان ولد الميت وولد ولده ليستكمل ولد الولد وصاياهم المحبسة عليهم . قال : فإن ردت الإبنة رادة كانت على حقها في السكنى وأعيد أيضاً القسم ثالثة فعدل الحبس بين من حبس عليه شرعاً سواء ولد الأعيان جميعاً وابنته الرابعة معهم وولد الولد كلهم ، فما صار لولد الولد من

---

(١٩) في ق ١ : أحد أعيد القسم بينهم .

ذلك لم يدخل عليهم فيه غيرُهُم ، وما صار لأعيان الولد الإبنةُ المردودة وغيرها فهو يقسم على جميع ورثة الميت على كتاب الله . قال من تزوج من بنات البنين سقط أيضاً حقها من السكنى وأعيد القسم بينهم على ما فسرت لك ، وألغيت المتزوجة من بنات الأبناء من القسم وأنزلتَها كأنْ لم تكن ، فإن رَدّتْها رجعت على حقها من السكنى وأعيد القسم من أجل رجوعها بين ولد الولد وأعيان ولد الميت ، وكلما أعيد القسم بتزويج ابنة أو ابنة ابن أو لرجوعها فإن ما حصل لولد الولد لا يدخل عليهم فيه غيرُهُم ، وما حصل لأعيان الولد يدخل فيه معهم جميع ورثة الميت . قال وإن مَات أحد من أعيان ولد الميت أعيد القسم وطرح الهالك ، فإذا أعطى ولد الولد حقهم نظر إلى ما صار لأعيان الولد فقسم عليهم وأعيد سهم الهالك معهم وجميع من ورث . فما صار في القسمة للهالك اقتسمه كل من ورث الهالك من اعيان ولد الميت من كانوا على كتاب الله . وكلما انقرض من أعيان ولد الميت أحد أعيد القسم على ما فسرتُ لك ، وجُعِلَ حظ الهالك لورثته حتى ينقرض أعيان ولد الميت أجمعون . فإذا لم يبق منهم أحد فبقي ولد الولد سقطت مواريث كل من ورث بانقراض أعيان ولده ، وصار الحبس إلى ولد الولد يقسم بينهم على ما حبسه جدهم ، ومن مات من ولد الولد رجع حقه على من بقي ما بقي منهم أحد أو من أهل الحبس معهم أحد . فإذا انقرض جميعُ من حبس عليه صَارَتْ إلى ما حبسها عليه الميت من سبيل الله .

قال وإن انقرض ولدُ الولد قبل اعيان الولد رجع الحبس كله إلى أعيان الولد فقسم بينهم وبين من ورث الميت على فرائض الله . فإذا انقرض أعيان الولد كلهم سقطت حقوق أهل المواريث

كلها ورجعت حبساً في سبيل الله .

قال محمد بن رشد : قوله إن الدار تقسم على عدد الولد الذكور والإناث وولد الولد الذكور والإناث شرعاً سواء ، هو مثلُ ما تقدم له في رسم القطعان من سماع عيسى . وظاهره وإن اختلفت أحوالُهم . وقيل معناه إن استوت أحوالهم . قاله سحنون وإليه ذهب ابن المواز ، وإنما تقسم الدار على عددهم كما قال إذا لم يكن بُدٌّ من ذلك ، مثل أن يكون عددهم خمسة أو سبعة أو أحد عشر أو ثمانية والولد الذي للصلب واحدٌ أو كلهم للصلب إلا واحداً أو تسعة أربعة منهم للصلب أو خمسة وما أشبه ذلك . وأما إن كان الذين للصلب منهم أربعة وولد الولد أربعة فإنما تقسم الدار بينهم بنصفين فيدخل في النصف الذي صَارَ للولد الأعيان جميع ورثة المحبس ، وسكن ولد الولد في النصف الذي صار لهم منها إن حملهم السكنى ، فإن لم يحملهم السكنى أُكْرِيَ واقتسم بينهم الكراء بالسواء للذكر مثل حظ الأنثى ، والنصف الثاني الذي صار لولد الأعيان يكون بين جميع الورثة على سبيل الميراث إن لم يتفقوا على سكناه اقتسموا كِرَاءَهُ على حسب الميراث .

وقولُه فإن تزوج أحدٌ من أعيان بنات الميت المحبس دنية أعيد القسم بينهم ثانية فقسم بين الأعيان أجمعين ما عدا المتزوجة وولد الولد وانزلت المتزوجةُ كأن لم تكن من بنات الميت ، فما صار من ذلك لولد الولد فلهم خاصة لا يدخل عليهم فيه أحد من ورثة الميت ، وما صار لأعيان ولد الميت دينه قسم بينهم وبين جميع من ورث الميت على كتاب الله ، ودخلت معهم الإبنة المتزوجة لأن الذي استثنى عليها أبوها لا يخرجها من حقها من الميراث . هو خلاف قوله المتقدم في رسم القطعان من سماع عيسى أنه لا يعاد القسم إلا إذا زاد عدد ولد الولد . وأما إذا نقصَ عددهم بموت أحدهم فلا ينقض القسم وإنما يقسم حظ الميت من ولد الأعيان الذي صار له في القسم من الدار حين قسمت على عدد الولد وولد الولد كاملاً بعد أن يُرَد للزوجة قيمةُ

الثمن الذي قبضت منه والأم السدس الذي قبضت على من بقي من ولد الميت دينه وعلى ولد الولد . فما صار من ذلك لولد الأعيان كان ميراثاً بين جميع ورثة الميت المحبس الزوجة والأم والولد الميت ومن بقي من أولاده الأحياء ، فما ناب الميتَ من ذلك كان لجميع ورثته من زوجة وأم ان كانت له زوجة وأم ومن سواهم . وهذا إن انقسم حظ الميت منهم على عدد من بقي منهم وعلى عدد ولد الولد . وأما إن لم ينقسم عليهم فلا بد من أن تعاد القسمة في الجميع كما قال في هذه الرواية فيحتمل أن يكون تكلم في هذه الرواية على أن حظ المتزوجة من أعيان بنات الميت المحبس أو من بنات ولده لا ينقسم على عدد من بقي من ولده الأعيان وعدد ولد ولده . وتكلم في رسم القطعان من سماع عيسى على أن حظ الميت من ولد الأعيان أو ولد الولد ينقسم على عدد من بقي منهم وعدد الآخرين ، فلا يكون بين الروايتين اختلاف . وظاهر رواية يحيى هذه أن يعاد قسم الجميع وإن كان حظ المتزوجة الذي صار لها بالقسم الأول ينقسم خلاف ما في رسم القطعان من سماع عيسى أنه يقسم معناه إذا كان ينقسم . وروايةُ عيسى أنه يقسم إذا كان ينقسم أصحُّ في المعنى ، إلّا أنه يبعد أن ينقسم . وأما إذا كان لا ينقسم فلا اختلاف في أنه لا يقسم ولو لم تنقسم الدارُ كلها من أول عدد الولد وولد الولد لكان الحكم فيها أن تكرى ويقسم الكراء بينهم على عددهم ، فما ناب ولدَ الأعيان منه كان ميراثاً بين جميع الورثة ، وما ناب كل واحد من ولد الولد كان له إلّا أن يموت أحد منهم أو يتزوج فيقسم ما اجتمع من غلة الدار من يوم مات الميت منهم على من بقي منهم حسبما وصفناه ، فما وجب لولد الأعيان كان ميراثاً بين جميع ورثة الميت المحبس فمن كان منهم حياً أخذ حقه ، ومن كان منهم قد مات ورث حقه عنه ورثته .

وقوله في هذه الرواية في آخر هذه المسألة وان انقرض ولد الولد قبل أعيان الولد رجع الحبس كله إلى أعيان الولد فيقسم بينهم وبين من ورث الميت على فرائض الله صحيح على مذهب ابن القاسم ، خلافُ ما

تقدم من قول سحنون في رسم القطعان من سماع عيسى . والأصل في هذا على مذهب ابن القاسم أن كُلَّ مَا رجع إلى الولد من جهة ولد الولد على طريق رجوع الأحباس إلى الأقرب بالمحبس فلا دخول للزوجة ولا للأم ولا للميت من الولد في ذلك ، وما رجع إلى الولد من جهة ولد الولد على طريق حكم الوصية التي أوصى بها المحبِّس فالأم والزوجة تدخلان في ذلك مع من مات من الولد . وسحنون يقول إنّ ما رجع إلى الولد من جهة ولد الولد فلا تدخل فيه الأم والزوجة ولا من مات من ورثة المحبس ، سواء رجع اليهم ذلك بحكم مرجع الأحباس بعد انقراض جميع الولد المحبس عليهم ، أو بحكم الحبس في وجوب رجوع حظ من مات منهم إلى أصحابه في الحبس ، وهو خطأ من القول على ما بيناه في رسم القطعان من سماع عيسى وبالله التوفيق .

من سماع سحنون بن سعيد وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : سألت ابن القاسم عن وجه قسم الحبس إذا قال الرجل داري حبس على بني فلان وهم حُضُورٌ كلهم أو بعضُهُم حضور والآخرون غُيَّبٌ في بلدان شتى قد اتخذوها دوراً أو غيب في تجارات وحوائج لهم ، قال إذا كانوا حضوراً أُوثِرَ اهلُ الحاجة فسكنوا ، فإن فضل فضل كان للأغنياء ، وإن كان فضل أكرى وأوثِرَ أهل الحاجة أيضاً ، وإن لم يكن إلاّ قَدْرُ السكنى أُوثِرَ أهلُ الحاجة فكانوا أحقّ ، فإن استغنى أهل الحاجة وافتقر بعض الأغنياء لم يخرج الذين سكنوا أولاً منهم ، وكان ذلك لِوَلَدِ أولادهم على الأحوج فالأحوج ، ولم يخرج الأغنياء الذين افتقروا ، وإن كان بعضهم غنياً في بلد سكنوها قسم للحاضر وأُوثِرَ أهل الحاجة منهم إلاّ أن يكون فضل فيُكرى ويؤثر أهل الحاجة به . فإن قدم أولئك لم يخرج لهم أحد من أولئك وكذلك إن خرج أحد ممن قسم له إلى بلد

فسكنها واتخذها داراً فسكن منزله ثم رجع لم يكن له في منزله حق إلّا أن يكون خرج في حاجة له فهو أحق به ولا يُسْكَنُ له منزلُهُ . وأما إن كان بعضهم حضوراً وبعضهم غيباً في حوائج أو تجارة وليس غيبتُهُم فيها سَكَناً في بلد فأرى أن تقسم لهم حقوقُهُم في ذلك ، فهذا أوْجَهُ ما سمعت .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابن القاسم مثلُ ما تقدم من قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى ومن روايته عن مالك في رسم البز من سماعه . وهو المعلوم من مذهبه خلافُ مذهب ابن الماجشون فيما حكى عنه ابن المواز من أن الحبس المعقب كالحبس على المعينين يقسم عليهم بالسواء ، ولا يفضل الفقير منهم على الغني ، ويُوجَدُ مثلُهُ لابن القاسم بالمعنى ، والظاهر حسبما ذكرناه في أول رسم من سماع ابن القاسم . وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم في تفسير يرجع إلى أوْلَى الناس بالمحبس حبساً إنما ذلك على من يرثه ، وليس على أولى الناس به مِمّن لا يرثه من عمة أو خالة أو نحوها .

قال محمد بن رشد : أما الخالة فلا اختلاف في أنه لا مدخل لها في مرجع الحبس ، وكذلك الأخوات والإخوة للأم وبنات الأخوات ما كن وبنات البنات وبنو البنات وبنو الأخوات . وأما العمة فتدخل فيه على اختلاف قد مضى تحصيله في أول سماع ابن القاسم . فإن كان أصل الحبس على محتاجين مثل أن يقول هو حبس على الفقراء من ولدي وولد ولدي أو على محتاجي آل فلان وما أشبه ذلك فلا يرجع الحبس إلّا إلى أقرب الناس بالمحبس من الفقراء . وأما إذا كان الحبس على ولده أو على آل فلان دون أن يخص الفقير

منهم فالمشهورُ أن الحبس يرجع بعد انقراض المحبس عليهم إلى أقرب الناس من المحبس من الفقراء . وهو قول ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في المدونة ، وقد روى ابنُ نافع عن مالك في المدونة[٢٠] أنه يرجع إلى أقرب الناس به من الأغنياء والفقراء إلا أن يبدأ الفقير على الغني. وقد قيل إنه إن كان سكنى دخل فيه الغني والفقير إن لم يكن له مسكن إذ لا يستغني الغني عن مسكن ، وإن كان غلةً لم يكن للغني فيها مدخل . وبالله تعالى التوفيق .

مسألــة

قال سحنون وإذا قال غلامي يخدم فلاناً يوماً وفلاناً يوماً فهو بمنزلة ما يُقْسم إن مات منهما أحدٌ رجع نصيبُهُ إلى صاحب الأصل ، وإنما يكون ما فسرتُ لك إذا كان حبّس عليهما العبدَ جميعاً يخدمهما حيث كانا ولم يَقْسِمْ هو الخدمة بينهما .

قال محمد بن رشد : قد مضى القولُ فيها في أول سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال أشهب في القوم يحبس عليهم الدار وبعضهم غيب في سفر وهم فقراء وآخرون حُضُورٌ وهم أغنياء ، والدار حاضرة مع الأغنياء . قال : توقف للفقراء إلا أن يتخذوا الموضع الذي سافروا إليه وطناً فيُعْطَاهَا مَنْ ها هنا من الأغنياء ولا يخرجوا عنها بعد ذلك ، وإن لم يتخذ الفقراءُ الذين هم به وَطَناً ورجعوا كانوا أحقّ بالدار إن كان سكنى فهم أحق ، وإن كانت غلة فهم أحق إلاّ أن يكون في الدار فضل فَيُعْطَاهَا الأغنياء ، وإن فضل فضل أكرى وأوثر أهل

---

(٢٠) في نسخة ق ١ : المدنية بدل المدونة .

الحاجة ، قلت فإن كانت الدار واسعة فقال الأغنياء نحن لا نحتاج ، ولكن ينظر إلى قدر ما يصير لنا من السكنى فيسكنه من أحببنا ونكريه ؟ قال : ذلك لهم .

قال محمد بن رشد : هذا نحْو ما تقدم قبل هذا في هذا السماع من قول ابن القاسم . وفي المواضع المذكورة منه . والأصل في هذا أن المُبَدّأ في الحبس أهلُ الحاجة على الأغنياء في الغلة والسكنى . فإن كان سكنى فلا شيء للأغنياء معهم فيه إلّا ما يفضل عنهم ، وإن كان منهم أحد غائباً في مبتدأ القسم انتُظِرَ إلّا أن يتّخِذَ موضعَه الذي غاب إليه وطناً . وكذلك إن كان غاب بعد أن سكن لم يدخل عليه أحد إلّا أن يتخذ موضعه الذي غاب إليه وطناً ، فإن استووا في الفقر أو الغناء ولم يَسَعْهم السكنى أكْرِي ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعاً سواء ، إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه ما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون ذلك له . قاله ابن المواز ، وإن كان الحبس غلة ولم يكن سكنى أُوثِرَ أهل الحاجة منهم على الأغنياء وكان حق من غاب في ذلك كمن حضر سواء وبالله التوفيق .

مسألـة

قال وسئل ابنُ القاسم عن الذي يقول داري حبس على ابنتي وعلى ولدها ، قال : فولدُها يدخلون ذكورُهم وإناثهم ، وإذا ماتوا كان ذلك لأولاد الذكور من ولدها ذكورهم وإناثهم ، ولم يكن لولد بناتها شيء ذكورهم ولا إناثهم . وكذلك قال مالك : إنما يكون حبساً على كل من يرجع نسبُهُ إلى الإبنة [وقال غيره إنما تكون حبساً على ولد الإبنة دنية من الذكور والإناث][٢١] فإذا ماتوا لم يكن لأولاد أولادهم شيء .

---

(٢١) ما كتب بين معقوفتين من نسخة ق ٣ .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم وروايته عن مالك في أن ولد الإبنة كل من يرجع نسبه إليها من ولد الولد الذكور ذكوراً كانوا أو إناثاً وأن ولد بناتها ليسوا بولدها ولا بعقبها ولا شيء لهم هو مذهب مَالك الذي لم يختلف قولُه فيه بنص ولا دليل ، فهو أدخلهم في الحبس على مذهبه فلم يدخلهم من أجل أنهم عقب وإنما أدخلهم فيه بإدخال المحبس إياهم في حبسه وإن لم يكونوا عقباً له بقوله حبست على ولدي وولد ولدي أو على عقبي وعقب عقبي . وقد حصلنا القولَ في هذه المسألة في غير هذا الديوان وهو كتاب المقدمات [فمن أراد الوقوف على الشفا في ذلك تأمله هنالك][٢٢] . وقد مضى الكلامُ على وجه قَوْلٍ غيرِ هذا في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

قال سحنون أخبرني علي بن زياد عن مالك أنه قال في رجل حبس غلاماً على رجل عشر سنين فأراد الذي حبس عليه الغلام أن يقاطعه على شيء يأخذه منه ويضع عنه الخدمة : لم يكن ذلك له إلا أن يشاء السيد .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال لأنه إنما حبس عليه خدمه العبد فلا حق له في ماله يجوز له[٢٣] مقاطعته على الخدمة بشيء منه وبالله التوفيق .

---

(٢٢) زيادة من نسخة ق ١ .

(٢٣) كذا في الأصل وفي نسختي ق ١ وق ٣ ـ ولعله الصواب ـ : فلا يجوز له مقاطعته الخ .

مسألـــة

وسئل سحنون عن رجل حبس داراً له على ولده وولد ولده وكان عليه دين من قَبْلِ أن يحبس فاستحدث أيضاً ديناً بعد الحبس . فما ترى يباع منها ؟ أيُباع بمقدار الدين الأول فقط ؟ أم ترى إذا بيع الدين الأول أن يدخل معهم أهل الدين الآخر . قال سحنون : قد قيل إنه يباع الدين الأول ويدخل عليه أهل الدين الآخر ولا يدخل عليه غيرُ ذلك . وقد قيل أيضاً أنه إذا بيع للأول فدخل عليهم الآخرون بالحصص ويباع(٢٤)لهم أيضاً إنه انتقصوهم فإذا بيع دخل عليهم الآخرون هكذا حتى يستوفوا أو ينفذ الحبس فلا يكون فيه قضاء ، وأصحابُنا يقولون هذين القولين في العتق والحبس مثله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل سحنون عن الدار المحبسة هل يجوز بيعها ؟ . فقال لم يُجِزْ أصحابُنا بيعَ الحبس على حالٍ إلاَّ أن يكون داراً في جوار مسجد فيحتاج إليها لتدخل في المسجد ويوسع بها المسجد فإنهم وسعوا في بيعها في مثل هذا ورأى أن يشتري بثمنها داراً مثلها فتكون حبساً . وقد أدخل في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم دورٌ كانت محبسة .

قال محمد بن رشد : قد مضى القول في هذه المسألة في رسم طلق من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

---

(٢٤) كذا في الأصل : ويباع ، وفي نسخة ق ١ : يباع بدون واو .

مسألـــة

قال سحنون في رجل حبس داراً له على ولده وولد ولده لا تباع ولا تورث حبساً صدقة والولد صغار في حجـر أو كبار بالغون فأكراها الأب المحبس من رجل خمسين سنة أو أكثر وقبض الكراء ثم مات بعد ذلك بيسير وترك مالاً أو مات عديماً لا مال له ، ثم قـام هؤلاء المحبسُ عليهم فأرادوا فسخ الكراء هل ترى لهم ذلك أم لا ؟ وكيف إن كان الولد صغاراً في حجر أبيهم وأشهد لهم الأبُ أنه إنما أكرى هذه الدار لهم أو لم يُشهد لهم بذلك ؟ وكيف إن لم يوجد للأب مال ورأيتَ فسخَ الكراء هل يباع من هذه الدار شيءٌ قَدْرَ الكراء أم لا ؟ ما القول في ذلك كله ؟ . قال سحنون : أما حبسه على الأكابر البالغين فأرَاهُ غيرَ جائز لأنهم لم يقبضوا ـ وهم ممن يقبض ـ حتى أغلق الكراء فيها ثم مات ولم يُقَمْ عليه . وأما الولد الصغار فإذا أشهدَ لهم بالحبس وهو القابض لهم ثم فعل مِنْ إغْلاَقِهَا بالكراء إلى الأمَدِ الذي لا يجوز له وإنما كان يجوز له أن يكري عليهم إلى مقدار بلوغهم ونحو ذلك ، فإذا مات قبل بلوغ الصغار فإن كراءه لا يجوز إلى هذا الأمد البعيد ويفسخ ما فات منه وبعد ، ويرجع الذين اكتروا بما بقي لهم من بعدهم في مال الأب إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فهو دين يطلب به في الآخرة .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، أما الكبار فلما لم يحوزهم ما حَبس عليهم حتى مات وقد كان أغلق الكراء عليها وجب أن يبطل الحبس لعدم الحيازة فيه ، وإن بطل الحبس وجب أن ينفذ الكراء على ورثته في الدار إلى الأمد الذي أكراها إليه ، كمن أكرى دَاره خمسين سنة أو أكثر وقبض الكراء ثم مات .

وأما الصغار فلا يبطل تحبيسه الدار عليهم بكرائه إياها المدة الطويلة إذا أشهد لهم بالحبس، لأنه هو الناظر لهم وقوله إنه يفسخ ما زاد من الكراء على قدر بلوغهم هو على ما قاله ابن القاسم في الجُعْلِ والإجارة من المدونة من أن الأب كالوصي لا يجوز له أن يكري على ابنه أرضه وماله السنين الكثيرة التي يعلم أن الصبي يحتلم قبل انقضائها، وليس إجازته الكراء عليهم إلى بلوغهم - يريد وإن انتقد - بِمُعَارِضٍ لما في الوصايا الثاني من المدونة أنه من أخدم عبداً حياته فلا يجوز له أن يكريه إلاَّ الأمَدَ القريبَ السنة والسنتين والأمد المأمون من أجل أن الكراء ينفسخ بموته، لأن ولد الصغار في هذه المسألة وإن كان ينتقض الكراء في حظ كل واحد منهم بموته ويرجع إلى إخوته وهم إلى نظره فهُمْ بخلاف الواحد في هذا، لأنَّ الغَرَرَ يخف في الجماعة فتدبر ذلك وبالله التوفيق.

مسألـة

وسئل عن الرجل يقول ثَمَرُ حائطي حبس على فلان، ولا يقول حياتَه ولا يجعل لذلك وقتاً. فقال: إن كان فيها ثمرٌ يومَ قال هذه المقالة فلك(٢٥) ثمرة تلك السنة.

قال محمد بن رشد: فإن لم يكن في الحائط ثمر يوم قال هذه المقالة فله ثمرة ذلك الحائط. قاله ابن القاسم وتابعه عليه سحنون في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الوصايا فيمن قال في مرضه: لفلان ثمر حائطي ولم يقل حبساً فكيف إذا قال حبساً؟. ووجهُ ذلك أنه إذا كان للحائط يوم قال ذلك ثمرة احتمل أن يكون أراد تلك الثمرة خاصة ولم يرد سواها، فوجب ألاَّ يكون له ما سواها إلاَّ بيقين، وإذا لم يكن في الحائط ثمرة ذلك

(٢٥) في نسخة ق ١: فله ثمرتُه.

اليوم وجب أن يكون له ثمرتُه فيما يستقبل حياتَه لتناول لفظه لذلك تناولاً واحداً وبالله التوفيق .

من سماع محمد بن خالد وسؤاله ابن القاسم

قال محمد بن خالد : سألتُ عبد الرحمان بن القاسم عن رجل حبس فرساً له في سبيل الله يحمل عليه رجلاً يغزو عليه فغزى فلما دخل الجيشُ أرضَ العدو جعل الإمامُ لكل من عُقِرَ له فرسُه أخلفه له ، ثم إن ذلك الرجل المحمول على الفرس عقر الفرس تحته فأخلفه له الإمام غيره ، فقال ابن القاسم أرى أن يكون حبساً على حال ما كان عليه الآخر .

قال محمد بن خالد : وقد كنتُ سألت ابنَ نافع عن ذلك فلا أعلم إلاَّ أنه قال كقوله . قلت لابن القاسم : أرأيت لو لم يكن حبساً إلاَّ أنه حمل عليه رجلاً يقضي عليه غزاته فإذا قضاها رده إلى سيده كيف يكون هذا الفرس الذي حمل عليه ؟ قال ابن القاسم : يكون أنه يرجع إلى سيده ، لأنه إنما جعل مكانه فكأنه لم يُصَبْ به .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه إنما أراد خَلَفَ الفرس المعقور ، فوجب أن يكون مكانَه على حاله التي كان عليها من ملك أو يحبس على رجل بعينه أو في سبيل ولا أذكر في هذا اختلافاً .

مسألـــة

وقـال ابنُ القاسم في رجل أوصى لرجل بدار حبساً عليه حياتَه ولرجل آخر بما بقي من الثلث فنظر في ماله من بعد موت

الموصِي ، فوجدت الدارُ كَفَافاً من الثلث لا فضل عنها ، قال : يكون حبساً على الرجل حياته فإذا رجعت صارت إلى الذي أوصى له بما بقي من الثلث لأنها إذا رجعت فهي بقية الثلث .

قال محمد بن خالد : سئل أشهب عن ذلك فقال كقوله ، قلت لأشهب فإن كان في الثلث فضل عن الدار مثل ثمر الدار ؟ قال يعطاه الذي أوصى له ببقية الثلث ، ثم إذا رجعت الدارُ صارت إلى الذي أوصى له ببقية الثلث .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال . وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه ، لأن الدار إذا كانت كفاف الثلث فمرجعها هو بقية الثلث ، وإن كان في الثلث فضل عنها فللموصى له ببقية الثلث ذلك الفضلُ والدارُ إذا رجعت لأن مرجعها من بقية الثلث وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال محمد : قلت لأشهب فرجلٌ أوصى فقال ما بقي من ثلثي فهو لفلان ثم لم يُوص بأكثرَ من ذلك حتى مات . قال يُعطي الموصَى له ببقية الثلث ثلث الميت .

قال محمد بن خالد : قال داوود بن سعيد : لا شيء له مثل قول ابن القاسم .

قال محمد بن رشد : وقعت رواية محمد هذه عن أشهب في بعض الكتب وسقطت من بعضها والصواب ثبوتُها . لأن روايةَ داوود بن سعيد بعدها لا تصح أن تعطف على المسألة التي قبلها . ووقعت رواية محمد هذه عن أشهب في سماعه أيضاً من كتاب الوصايا وفي بعض الروايات فيها مكان ثلث الميت ثلث الثلث . فقيل إن ذلك غلط في الرواية وتصحيف فيها . وقيل إنه

اختلاف من قول أشهب . وقولٌ ثالثٌ في المسألة على ذلك حمله ابنُ حارث في كتاب الإتفاق والإختلاف له . ولمالك مثل قول ابن القاسم أنه لا شيء له في رسم أسلم ورسم أوصى ورسم بع من سماع عيسى من كتاب الوصايا . ووجْهُ ذلك أنه قد كان مُجْمِعاً على أن يوصي ولا يَدْرِي لو أوصى هل ، كان يفضل من الثلث شيء أم لا وَلَا تَكُـونُ الوصايا بالشك كما لا يكون الميراث بالشك . ووجه قول أشهب أنه لما لم يوص بشيء بعد أن جعل لهذا ما بقي من الثلث فقد أبقى له جميع الثلث . فلكلي القولين وجه . وأما أن يكون له ثلثُ الثلث على ما وقع لأشهب في بعض الكتب فهو بعيد لا حظ لَهُ في النظر ، ولو قيل إنه يكون له نصف الثلث لكان قولاً له وجه ، لأنه يقول لِي جميعُ الثلث ، لأن الميت لما لم يوص فيه بشيء فقد تركه كله لي ، ويقول له الورثةُ لا شيء لك إذ لم يُوص فيُعْلَمَ ما يبقى لك بعد وصاياهُ ، فيُقْسَمُ بينهما الثلثُ بنصفين على هذا الوجه وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك من ابن وهب

قال عبد الملك : سألتُ ابن وهب عمن قال خذوا من مالي مائة فأنفقوها في داري التي حبست في سبيل الله ، فاستحقت الدارُ ، قال : ترد المائة إلى الورثة ، قيل له فإن كانت أنفقت في الدار ؟ قال : إن أنفقت أو أنفق بعضها رد جميعها إلى الورثة .

قال محمد بن رشد : يريد أنه كما ترد إذا لم ينفق إلى الورثة فكذلك يرد إليهم ما أُخِذَ من المستحق إن كانت قد أنفقت ، لأنهم لما كان لهم أن يأخذوا من المستحق ما أنفقه في الدار أو قيمة البنيان قائماً على الإختلاف المعلوم في ذلك فكأنَّ المائةَ قائمةٌ وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم من كتاب البيع والصرف

قال أصبغ : سمعت ابنَ القاسم يقول في الرجل يُسْكِنُ الرجلَ الدارَ عشرين سنة(٢٦) ثم المرجع إليه فيبيع المرجع : إنَّه لا خير فيه لأنه غرر ، ولا يدري كيف يرجع ؟ ولو كان ذلك أيضاً مزرعة وما أشبه ذلك لم يكن به بأس أو سكنى قرية مأمونة فلا بأس به .

قال محمد بن رشد : وقع في بعض الروايات مكان أو سكنى قرية مأمونة أو سكنى قريباً مأمونا . والمعنى في الروايتين صحيح ، لأن قوله أو سكنى قرية مأمونة يريد من تغير بنائها إلى الحد الذي استثناه ، وأما قوله أو سكنى قريباً مأموناً فلا إشكال في معناه . وقد مضى القولُ على هذه المسألة في رسم البيوع الأول من سماع أشهب . وذكرنا هناك ما فيها من الإختلاف وَوَجْهَهُ فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا والأقضية

قال أصبغ وسمعت ابنَ وهب وسئل عن رجل حبس داره على رجل فقال لا تباع ولا توهب ثم بَدَا له أن يُبَتِّلَهَا فقال له هي عليك صدقة فقال : هي له يصْنع فيها ما يشاء ، فرُوجِعَ فيها وقال إنه لم يقل ذلك(٢٧) ، إنما قال هي حبس عليك أو قد حبستها عليك لا تباع ولا توهب ، ثم بَدَا له فقال : الذي حبستُ عليك هو صدقة عليك

---

(٢٦) في نسخة ق ١ : عشر سنين .

(٢٧) في نسخة ق ١ : لم يقل حياتك .

إنما أبتله(٢٨) لك الساعة فهو له يصنع به ما شاء ، وذلك جائز لأنه يجوز له أن يتصدق بماله . قال أصبغ ولا يقول ذلك ويقول هي حبس أَبَداً ومجراها مجرى الحبس المؤبد بعد موته ، قيل له : فإن قال حبس عليك وعلى عقبك ثم أراد أن يبتلها له الساعة فقال : لا يجوز له ذلك إذا أشرك معه غيره فليس ذلك له ولا يجوز .

قال محمد بن رشد : قولُ اصبغ يأتي على قول مالك في المدونة لأنه لم يختلف قولُه فيها أنه إذا قال حبساً صدقة أو قال حبساً لا يباع أنها لا ترجع إلى المحبس ملكاً ، وإنما ترجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبساً فإذا لم ترجع إليه على قوله فيها ملكاً فلا يجوز له أن يبتلها وَيُبْطِلَ المرجعَ إذ قَدْ انْبَتَّتْ منه ووجب المرجع لأقرب الناس حبساً عليه كما قال أصبغ . وعلى قول مالك في مختصر ابن عبد الحكم أنها ترجع إليه ملكاً . وإن قال حبساً صدقة يجوز له أن يُبتلها . وإن قال لا تباع ولا توهب لاحتمال أن يكون أراد بقوله صدقة أي صدقة عليه ما عاش وأن يكون أراد بقوله لا تباع ولا توهب أي لا تباع ولا توهب ما عاش . فلم يَرَ على ما في كتاب ابن عبد الحكم من قول مالك ، وهو مثل قول ابن وهب هذا لن يرتفع مِلْكُ المحبس عن الحبس إذا حبسه على معين إلاَّ بيقين ، فقول ابن وهب وأصبغ جاريان على اختلاف قول مالك وبالله التوفيق .

مسألـة

وسئل عن رجل قال داري لفلان يسكنها أَيَسْتَغِلُّها؟ قال: نعم هو يستغلها إن شاء سكن وإن شاء استغل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا قال يسكنها فله أن يستغلها

---

(٢٨) في ق ١ : أنا أبتله لك الساعة .

وإذا قال يستغلها فله أن يسكنها لأنه قد أباح له منفعتها في الوجهين فله أن يأخذها كيف شاء ان شاء بسكناه فيها وإن شاء باستغلاله لها ، وأما إن حبسها على أن يسكنها أو على أن يستغلها بشرط فلا يكون له أن يخالف ما شرط عليه فيها من السكنى والاستغلال ، إذ قد يكون له غَرَضٌ فيما اشترط من ذلك عليه ، فيلزمه الشرط لقول النبي صلى اللّه عليه وسلم : **المُسْلِمُونَ عَلَىٰ شُرُوطِهِمْ إلاَّ شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً**(٢٩) .

مسألــة

وسئل عن رجل قال داري لفلان يسكنها وفلان يستغلها ولفلان رقبتُها فتعدى رجل على بيت في الدار فهدمه ، قال : يغرم قيمتَه ، قيل له : فقد غرمها لمن يكون ؟ قال يُبنى بها ذلك البيت ، قيل له : فلصاحب الرقبة شيء ؟ قال : لا حتى يموت هَذَانِ يسكنها هذا ويستغلها هذا ، فإذا انقرض هذان كانت الدار لصاحب الرقبة قيل له : فإن انهدمت الدار؟ قال : إن أحب هؤلاء يريد صاحب السكنى وصاحب الغلة أن يبنوا ، قيل : فبنوا أي شيء يكون لهم؟ قال : يسكنوا ويستغلوا على ما كانت ويكون لهم ما أنفقوا على الذي جعلت له الرقبة ، لأن الدار تصير إليه ، قيل له : فإن قالا لا نبني ليس عندنا شيء ؟ قال : يقال لصاحب الرقبة ابن ، فإذا بنى كان له أن يستوفي منها قيمة ما بَنَى من غلة الدار في معنى قوله فإذا استوفى قيمة ما بنى كانت الدار لهذين صاحب الغلة وصاحب السكنى حتى

---

(٢٩) رواه الدارقطني والحاكم عن عمرو بن عوف المزني مرفوعاً ، ورواه الحاكم عن أنس والطبراني عن رافع بن خديج ، وقد علقه البخاري جازماً به في الإجارة فقال : وقال النبي صلى اللّه عليه وسلم : المسلمُون على شُروطِهم . . . [كشف الخفاء] .

يموتا ، فإذا ماتا رجعت إلى الذي جعلت له الرقبة . قيل فمات أحدهما صاحب الغلة ؟ قال : إذا مات أحدهما رجع نصيبه إلى صاحب الرقبة . قيل : فإن كانت الدار هي الثلث قال كيف يكون الثلث ؟ قال السائل : أوصى فقال داري لفلان يسكنها وفلان يستغلها ولفلان رقبتها فإذا هي الثلث سواء ، فتوفي صاحب الغلة أو السكنى فقال نعم أما إذا مات أحدهما رجع نصيبُه إلى الذي جعلت له الرقبة لأنه بمنزلة صاحبها لو كان حياً .

قال محمد بن رشد : معنى قوله لفلان يسكنها وفلان يستغلها أن يكون للذي جعل له سكناها أن يسكنها بقيمة سكناها فيكون الكراء للذي جعل له استغلالها ، فإن مات صاحبُ الغلة رجع نصيبُه إلى صاحب الرقبة كما قال ، لأنه إنما جعل له استغلالها طول حياته لا أكثر ، وإن مات صاحب السكنى رجع ما كان من الحق له في ذلك إلى صاحب الرقبة على ما قاله في آخر المسألة إذا كان ذلك في وصية فيتحمل الدارَ الثلثُ ، إذ لا فرق بين أن يقول ذلك في صحته أو في وصيته فيحمل الدارَ الثلثُ .

ولم يَجْرِ في انهدام على أصل ، لأنه قال إن بناها صاحبُ السكنى والغلة سَكَنَ هذا واستغل هذا على ما كانا عليه ، ورجعا بنفقتها على صاحب الرقبة ، وإن بناها صاحبُ الرقبة كان له أن يستوفي نفقته من غلتها فجعل البنيان إذا بناها صاحبُ صاحب الغلة على صاحب الرقبة إذْ أوجب له الرجوع عليه . وإذا بناها صاحب الرقبة على صاحب الغلة إذْ أوجب له أن يستوفي نفقته من غلتها وإنما في المسألة قولان على ما في كتاب الجنايات من المدونة في الرجل يوصي بخدمة عبده لرجل وبرقبته لآخر فيجني العبد جناية ، **أحدهما** أن البنيان على صاحب الرقبة فإن بناها هو لم يكن له سبيل إلى الدار حتى يموت صاحبُ الغلة ، وإن بناها صاحب الغلة كانت له الغلة على حالها ورجع بنفقته على صاحب الرقبة . **والقول الثاني** أن البنيان على صاحب الغلة فإن بناها هو اغتل على ما كان له من حقه ،

ولم يكن له رجوع على صاحب الرقبة بشيء من نفقته ، وإن بناها صاحبُ الرقبة كان له أن يستوفي حقه من كرائها. وعلى القول بإن البنيان على صاحب الغلة يكون هو المُبَدَّأ بالتخيير بين أن يبني أو يترك ، ويختلف على القول بإن البنيان على صاحب الرقبة هل يكون هو المبدأ بالتخيير بين أن يبني أو يترك أو صاحب الغلة . والقولان قائمان من المدونة من مسألة العبد المُخْدَمِ التي ذكرناها . فهذا وجه القول في هذه المسألة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئِل عن الذي يحبس الدار على فقراء بني فلان فَيَسْتَغْنُوا . قال ينزع منهم وترجع إلى عصبة المحبس ، فقيل له إبنة واحدة ؟ فقال ليس النساء عصبةً إنما ترجع الى الرجال ، قيل له : فافتقر بعضُ بني فلان ؟ . قال تنزع من العصبة وترد إليهم . قال أصبغ مثلَه إلا قوله في البنت فهي عصبة لأنها لو كانت رجلاً في مرتبتها كانت عصبة ، وأراه كله له .

قال محمد بن رشد : قولُه إذا حبس الدار على بني فلان فاستغنوا إنها ترجع إلى عصبة المحبس صحيحٌ ، لأنهم غير معينين ، فإنما قصد الفقرَ والحاجةَ لكثرة الأجر في ذلك دون التعيين ، ولو عين المحبِّس عليهم وسماهم فقال هذه الدار حبس على فلان وفلان وفلان الفقراء من بني فلان فاستغنوا لَمْ تنتزع منهم ، وكانوا أَحَقَّ بها وإن استغنوا بطول حياتهم ، لأن قوله الفقراء إذا سماهم إنما هو زيادة في بيان التعيين لهم بما وصفهم به ، كما لو قال الجمال أو العمال أو العلماء أو الحلماء لم يسقط حقهم بانتقالهم من تلك الصفة إلى غيرها . فلا يبعد دخول الاختلاف في تحبيس الرجل داره على الفقراء من بني فلان بأن يُحْكَمَ لهم بحكم التعيين فلا يسقط حقهم باستغنائهم لا سِيَّما إذا علم المحبسُ منهم الفقير من الغني كما قال ابن الماجشون فيمن حبس على ولده إنه يساوي بينهم في الحبس وإن كان بعضُهم فقراءَ وبعضُهم أغنياءَ . وعلى

قول من قال إن من مات منهم بعد طيب الثمرة فقد وجب حقه فيها لورثته. وقد ذكرنا ذلك والاختلافَ فيه في أول رسم من سماع ابن القاسم. وأما قوله إن النساءَ لَسْنَ عصبة. فهو خلافُ مذهب إبن القاسم وروايته عن مالك. وقد مضى تحصيل ذلك في أول رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألـة

قال أصبغ: وسألت ابنَ وهب عن رجل أوصى في مرضه فقال داري حبس على ولدي وعلى امرأتي ثم مات ولا مال له غيرها، قال: يُخرج ثلثُها فيكون حبساً على الفرائض على جميع ورثته كلهم من سمى ومن لم يسم، ويكون الثلثان ميراثاً قال أصبغ مثلَه، وله تفسير وتفسيره أن يكون غلتها على الفرائض ما دام أعيان الولد حياً وغير ذلك من الوجوه.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال أصبغ إنَّ له تفسيراً لأنه حَبَّسَ في وصيته على وارث وغير وارث، فوجب أن يكون ما ناب الوارثَ من الحبس بين جميع الورثة إلاّ أن يجيزوا ذلك له، حكم من حبس في مرضه على ولده وولد ولده وقد مضى الكلام على ذلك في رسم القطعان من سماع عيسى، وفي سماع يحيى وبالله التوفيق.

مسألـة

وسُئِلَ ابنُ وهب عمن أوصى فقال داري على ولدي وعلى فلان أخي حبس كيف يقسم؟ قال: ينظر إلى العدد، فإن كانوا خمسة كان للأخ خمس ذلك، وكان ما بقي على الفرائض. وقال أصبغ مثلَ التي فوقها لو كان مع الولد ولد.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة مثلُ التي فوقها والقولُ فيها ما قال أصبغُ، لأنه حبس في مرضه على ولده وولد ولده. وقد مضى القولُ على

ذلك في رسم القطعان من سماع عيسى وفي سماع يحيى وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال أصبغ : سألتُ ابنَ وهب عن رجل أعتق أمته ثم تزوجها ثم قال داري حبس على موالي ؛ فقال : أراها من المَوَالي . قلت له إنّها وارثٌ ، قال : متى قال ذلك في الصحة منه ؟ . قلت : نعم . فقال : الرجلُ يصنع في ماله ما شاء وقد حبس ابن عمر على إمرأته . قلت : فإن ، قال : ذلك في وصيته ؟ . قال : في هذا شيء . قلت : فأي شيء ترى في هذا ؟ قال : أرى أنها من مواليه . قلت : إن تقاسما أليس لها الثُّمن ؟ . قال : تأخذ الثمن وترجع تأخذ مع الموالي فيما صار لهم ويدخل الورثة معها فيما صار لها مما أخذت مع الموالي على فرائض الله ، فإن مات أحد من الورثة فورَثَتُهُ بمنزلته ما عاشت حتى تموت ، فإذا ماتت انقطع حقوق الورثة ورجع الذي كان لها إلى الموالي الذين حبس عليهم . قال أصبغ جيدة صحيحة .

قال محمد بن رشد : هذه مثلُ المسألتين اللتين فوقها ، لأنه إذا حبس على مواليه وامرأتُهُ من مواليه لأنه اعتقها ثم تزوجها فقد حبس على وارث وغير وارث فوجب أن يدخل سائر الورثة معها فما نابها من الحبس مع الموالي حتى تموت فيرجع ذلك كله إلى الموالي . فقوله إن تقاسما أليس لها الثمن قال تأخذ الثمن معناه أنها تأخذ الثمن مما تَخَلَّفَهُ زَوْجُهـا سوى الدار ، ثم ترجع فتأخذ مع الموالي ما يجب لها من الدار المحبسة إذا قسم الحبس عليها وعلى سائر الموالي لأنها من الموالي فيما نابها منه على عددهم دخل جميع الورثة عليها فيه ، فيكون لها منه الثمن إن كان لزوجها المُوصي ولدٌ أو الربعُ إن لم يكن له فإن مات أحدٌ من الورثة فَوَرَثَتُهُ بمنزلته ما عاشت حتى تموت ، فإذا

ماتت انقطع حقوق الورثة ورجع الذي كان لها إلى الموالي الذين حبس عليهم كما قال ، يريد ويرجع أيضاً سائرُ ما بأيدي الورثة من الدار المحبسة عليهم لانقطاع حقوقهم منها بموت الزوجة . فهذا تفسير ما في الرواية من مُشْكِلِ ألفاظها والله الموفق .

ومن كتاب الوصايا

قال : وسمعت ابنَ القاسم وسئل عن رجل قال غلامي فلان حبس على فلان فإن مات فهو حر ، وإن مت فهو حبس على فلان أو صدقة على فلان أو قال: فرسي هذا حبس على فلان فإن مت فهو في سبيل الله ، ثم لم يزل العبدُ في يديه والفرسُ حتى هلك . قال : أرى أن يعتق الغلام في الثلث بعد موته ويخرج الفرس في سبيل الله بعد موته من الثلث أيضاً .

قال محمد بن رشد : أما إذا لم يخرج الغلامُ أو الفرس من يد المحبس حتى مات كما قال في الرواية ، أو كان قد دفعها إليه فرجع إليه بموته على حكم التحبيس على معين فلا اختلاف في أنه يكون بعد موته من الثلث في الوجه الذي جعله فيه ، وأما إن دفعه إلى المحبَّس عليه فمات المحبِّس وهو في يد المحبَّس عليه . فاختلف هل يكون من رأس المال أو الثلث ، ذهب ابن لُبابة إلى أنه يكون من رأس المال . والصحيح أنه يكون من الثلث حَسبَمَا مضى القول فيه في أول سماع ابن القاسم .

من مسائل نوازل سُئِلَ عنها أصبغ

قال أصبغ فيمن حبس داره على قوم حياتهم فَلَمّا انقرضوا رجعت الدار وليس للميت إلّا بناتُ أخ وأخت لأمه ، قال : فبناتُ

الأخ أولى من أخته لأمه . قيل فإن لم يكن له إلا الأخت لأمه ؟ قال : لَا يرجع إليها من الدار شيء .

قال محمد بن رشد : أما الأخت للأم فلا مدخل لها في مرجع الحبس باتفاق إلّا أن تكون من بنات العم ، فقولُهُ إنّ بنات الأخ أولى منها يبينه قوله بعد ذلك إنه لا يرجع إليها من الدار شيء وإن لم يكن له غيرها . وكذلك الخالات وبنو الأخوات . وأما الأخوات الشقايق والتي لاب فيدخلن في مرجع الحبس على اختلاف قد مضى تحصيلُهُ في أول سماع ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل أصبغُ عن رجل قام احتساباً فجمع من قوم مَالاً على أن يشتري مملوكاً يقوم باستقاء الماء في المسجد الجامع ويخدم فيه ، فاشترى هذا المحتَسِبُ بما اجتمع في يديه مملوكاً بالغاً ، فكان يستقي الماء في السقاية ويخدم ويرش سنين ، وكان ينتهي إلى أمر هذا المحتَسِب وكان المحتَسِب هو القائمَ بأمر المسجد ثم إن المملوك تَعَاصَى وتخلق عليه وامتنع من المسجد ومن الاستقاء والخدمة أفيجوز لهذا المحتسِب أن يبيعه ويشتري به آخر مكانه يقوم بما يقوم به هذا ؟ قال أصبغ : لا أرى بذلك بأساً إذا كان وجهُ النظر والاختلاف .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال أصبغ إن بيعه والاستِبْدَال به جائزٌ إذا تخلق وامتنع من الخدمة ، ولا يدخل في هذا عندي الاختلافُ في جواز بيع العبيد والثياب المحبّسةِ في السبيل حسبما ذكرناه في رسم طلق من سماع ابن القاسم ، إذْ لم يحبّسْه مالكُهُ ، وإنما حَبَسَهُ المحتَسِبُ بما جمع من أموال الناس ، فلا تقوى حُرْمَتُهُ في التحبيس من أموال الناس وبالله التوفيق .

كتاب القراض

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون
من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون : قال عبد الرحمان بن القاسم : قال مالك لا ينبغي أن يصطرف صاحبُ المال من صاحبه الذي قَارَضَهُ قبل أن يعمل . ولا بأس أن يشتري منه الثوب والثوبين أو يوليه إذا صح .

قال محمد بن رشد : أما إصطراف صاحب المال من المقارض قبل أن يعمل بالمال فالمكروه فيه بين ، والذي يدخله الصرف المتأخر لأنه إذا كان رأس مال القراض وَرِقاً فصرفه بذهب ، وذهباً فصرفه منه بورق كان قد رجع إليه رأس ماله وصار قد أعطاه ذهباً على أن يرد إليه عند المفاصلة ورقاً أو ورقاً على أن يرد إليه عند المفاصلة ذهباً . فَيُتَّهَمَانِ على القصد إلى ذلك والعملِ به فإن وقع ذلك في اليسير من رأس المال صُدِّقَا على أنهما لم يعملا على ذلك وجاز القراض . وإن وقعت المصارفة في جميع رأس المال أو في جُلِّهِ لم يصدقا ووجب أن يفسخ القِراض إلّا أن يفوت بالعمل فَـيُرَدَّانِ فيه إلى إجارَةِ المثل على أصل ابن القاسم وروايتِهِ عن مالك في هذا النوع من الفساد في القراض ، وسواء صَارَفَهُ فيما دفع إليه من الدنانير أو الدراهِم قبل أن يغيب

عليها أو بعد أن غاب عليها ، إلا أن المكروه فيها قبل أن يغيب عليها أَبْيَنُ .

وقولُهُ لا بأس أن يشتري منه الثوب والثوبين معناه لا بأس أن يشتري العامل من رب الثوب والثوبين لنفسه خاصة لا للتجارة ،أو يولي من ربّ المال العامل الثوب والثوبين لنفسه خاصة أيضاً لا للتجارة ، وفي كتاب محمد بيان هذا . وأما إن باع رب المال من العامل سلعة أو وَلاّهُ إياها للتجارة فهذا الذي قال فيه في المدونة لا يعجبني أن يعمل به لأني أخاف إن صَحّ هذا من هذين لَا يصح من غيرهما. ولابن القاسم في كتاب ابن المواز أن قولَ مالكٍ اخْتَلَفَ في ذلك ، لأنه وجد في كتاب عبد الرحمان أنّ مالكاً خففه وقال لا بأس به إذا صح الأَمْرُ بينهما فالخلاف في هذا عندي إنّما يرجع إلى التصديق في وقوع الأمر بينهما على الصحة ، فلم يصدقهما في المدونة وصدقهما في رواية عبد الرحمان عنه . هذا عندي إذا وقع الشراء في المال الذي دفع إليه قبل أن يَصْرِفَهُ كان قد غاب عليه أو لم يغب عليه .

وأما إن وقع الشراء بما نَضَّ بيد العامل مما باعه من السلع التي اشترى للقراض ، فيصدقان على أنهما لم يعملا على ذلك قولاً واحداً واللّه أعلم ، والذي أراه في هذه المسألة أن يصدقا إذا اشترى باليسير من مَالِ القراض ، وألّا يصدقا إذا اشترى بجميعه أو بِجُلّه ، لأنهما يتهمان على القصد إلى القراض بالعروض . فهذا الذي أراه قولٌ ثالثٌ في المسألة .

وأما شراء العامل من رب المال جميعَ سلع القراض أو ما بقي بعد المفاصلة منها بثمن إلى أجل ففي ذلك ثلاثةُ أقوال . **أحدها** أن ذلك جائز . وهو قول الليث بن سعيد ويحيى بن سعيد . وروى مِثْلَهُ ابنُ وهب عن مالك ، ومثلَه حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن أصحاب مالك حاشَى ابن القاسم في شراء ما بقي من السلع بعد المفاصلة ، ولا فرق بين شراء جميعها وبين شراء ما بقي منها بعد المفاصلة **والثاني** أن ذلك لا يجوز ويفسخ وإن فات كانت فيه القيمة . وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز . ومعنى ذلك إذا اشتراها

بأكثر من رأس المال واشترى بقيتها بأكثر مما بقي من رأس المال . وأما إن اشتراها بمثل رأس المال فأقل واشترى بقيتها بمثل ما بقي من رأس المال فأقل فلا اختلاف في أن ذلك جائز . وذلك بين مما وقع في رسم تأخير صلاة العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم بعد هذا ، ومما وقع في رسم القطعان من سماع عيسى أيضاً . والقول الثالث الفرقُ بين أن تكون السلع حاضرةً أو غائبة ، فإن كانت حاضرة لم يفسخ البيع إذا فات ، وإن كانت غائبة فسخ البيع في القيام ورد إلى القيمة في الفوات . وكذلك إذا اشترى العامل بعض سلع القراض بأكثر من قيمتها إلى أجل يدخل في ذلك الثلاثة الأقوال المذكورة . مثال ذلك أن يدفع الرجل إلى الرجل مائة دينار قراضاً يشتري بها سلعاً فيعرض إحْدَاهَا للبيع وشِرَاؤُهَا عشرةٌ فلا يُعْطَى فيها إلاّ ثمانية ، فيقول العاملُ أنا أبتاعها منه بعشرة إلى أجل ، فلا يجوز ذلك لأنه يؤخره ليلاّ يَخْسَرَ من رأس ماله شيئاً .

وجه القول الأول بأن ذلك جائز هو أنه كأنه قد التزم السلع برأس ماله فيتفاضلا في القراض ثم باعها من العامل .

ووجه القول الثاني بأن ذلك لا يجوز هو أنه لو طلبه برأس ماله لم ينض له منه إلاّ ثمانون فَأَخَّرَهُ بها على أن يأخذ منه مائة .

ووجه القول الثالث في الفرق بين أن تكون السلع حاضرة أو غائبة هو أنه إذا كانت حاضرة ارتفعت التهمة ، لأنه باع ما رأى بعد أن رَضِيَه والتزمه ، وإذا كانت غائبة لعلها لم تكن ثمّ سلعٌ أصلاً ، والمالُ قد خسر فيه فرجع ثمانين فأخره به على أن يأخذ منه مائة بشراء العامل من رب المال سلعة من غير سلع القراض قبل أن يعمل فالقراض لا يجوز بالنقد ، ويجوز إلى أجل ، وشراؤه سلعةً من سلع القراض لا تجوز إلى أجل ويجوز بالنقد ، وأما شراء رب المال من العامل سلعة من القراض أو من غير القراض فيجوز بالنقد وإلى أجل وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك : لا بأس أن يأخذ المقارِضُ من شريكه ربحاً ذهباً من غير الذهب التي هي بينهما ، قال يدفع إليه ربحه من ماله ثم يأخذه من مال القراض وسئل عنها سحنون فقال لا يجوز أن يعطيه ربحاً من غير ربح القراض إلّا أن يكون حاضراً فيكون يداً بيد وزناً بوزن .

قال محمد بن رشد : رأيت لبعض أهل النظر في هذه المسألة أنه قال فيها : قولُ سحنون جيد ، لأن ربحه ليس في ذمة العامل في المال وإنما هو في المال نفسه ، فلا يجوز أن يعطيه من غيره إلّا أن يكون مالُ القراض حاضراً لأنه إذا لم يكن حاضراً دخله دراهم حاضرة بدراهم غائبة أو ذهب حاضرة بذهب غائبة . وهو تعليل جيد لقول سحنون إذا كان إنما أعطاه الربحَ من ماله على سبيل الإشتراء منه للربح الذي في يده من مال القراض . وقول مالك جيد أيضاً إذا كان إنما أعطاه الربح من ماله على سبيل السلف له حتى يقتضيه من الربح الذي في يده من مال القراض . ولو نص في ذلك على السلف فقال أنا أسلفك الربحَ الذي يجب لك من مالي حتى أقبضه من مال القراض لما قال سحنون في ذلك إنه لا يجوز ، ولو نص في ذلك أيضاً على الشراء فقال أنا اشتري منك الربح الذي لك في المال القراض هذا الذهب الذي أدْفعه إليك من مالي لما قال مالك إنّ ذلك لا بأس به . فحصل الاختلاف بين مالك وسحنون إنما هو ما يحمل عليه على الأمر عند الإبهام ، فحمله مالك على السلف فأجازه ، وحمله سحنون على البيع فلم يجره ، فهذا وجهُ القول في هذه المسألة وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم : سمعت مالكاً يقول في مقارض باع بدين أو

سلف في طعام ثم كره التقاضي فأسلم ذلك برضى صاحب المَالِ ، قال : لا بأس بذلك ، وهو مثل الموت إذا أسلمه الورثة انكرها سحنون .

قال محمد بن رشد : هذا من قول مالك مثلُ ما يأتي في رسم الشجرة بعد هذا ، وانكار سحنون لجواز هذه المسألة صحيحٌ ، لأن الورثة لا يلزمهم تقاضي دين القراض ولا تنضيضه ، ومو حق لهم إن طلبوه فكان من حقهم أن يُسْلِمُوه فيكونون بإسلامهم إياه قد وهبوا لرب المال ما عمل موروثُهُم في المال . فلا معنى في جواز ذلك . وأما المُقَارَضُ فتقاضى دين القراض وتنضيضُه واجبٌ عليه ، لرب المال أن يأخذه به ، ويلزمه الإستئجار عليه من ماله إن أبى أن يليه بنفسه كما لا يجوز أن يستأجِر على ذلك بنصيبه من الربح . فكذلك لا يجوز له أن يسلمه إلى رب المال ، لأنه إذا أسلمه إليه فكأنه قد استأجره على تقاضي الدين وتنضيض المال بالجزء الواجب له من الربح ، فالأظهر أنه لا يجوز .

ووجه القول بجوازه أنه إذا أسلمه إليه فقد وهب ما تقدم من عمله فيه ، ولم يكن كأنه استأجره عليه بجزء من الربح ، إذ لا يلزمه إذا أسلمه تقاضي الدين ولا تنضيض المال ، لأنه ماله يفعل فيه ما شاء إن شاء تقاضاه وباع الطعام حتى يصير عيناً ، وإن شاء وهب الدين أو أكل الطعام إذا قبضه ولم يصيره عيناً كما دفعه إلى المقارض الذي أسلمه إليه . فعلى هذا أجازه مالك بقوله : وهو مثلُ الموت إذا أسلمه الورثة . معناه هو مثله في أن ذلك جائز وإن كان وجه الجواز في ذلك مختلفاً ، يجوز في الورثة من أجل أن تنضيض المال لا يلزمهم ويجوز في المُقارض من أجل أن رب المال لا يلزمه تنضيض ماله وبالله التوفيق .

ومن كتاب حلف أَلَّا يبيع سلعة

وسئل مالك عن الرجل يدفع إلى الرجل المالَ القِرَاضَ فيقيم

في يديه أياماً ويتجهز بذلك يريد سفراً فيلقاه صاحبُ المال فيقول له : هل لك أن أخرج معك ؟ فأخرجُ ذهباً آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك جميعاً . قال مالك : ما أرى أمراً بيناً وما يحضرني فيه مكروه ، وكأنه خففه من غير تحقيق . وقال ابن القاسم : ولا أرى بذلك بأساً إذا صح على غير موعد ولا رأي ولا عادة . قال أصبغ : لا خير فيه ، قال سحنون : هو الربا بعينه .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم مفسر لقول مالك ، لأن مالكاً إنما خَفَّفَ ذلك على السلامة على التواطي على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال ، إذْ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال لَمَا جاز ، لأنه يصير كأنه استأجره على أن يعمل معه في ماله على أن له نصيباً من ربحه ، وكرهه أصبغُ وقال لا خير فيه مخافة أن يكون تواطأ معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال . فإن وقع ذلك مضى ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يَفُتْ بالعمل ، فإن فات مضى وكان العامل في عمله على شرطه من الربح .

وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه : إنه هو الربا بعينه فينفسخ متى ما عثر عليه ، ويكون الربح كله لرب المال ويكون للعامل أجرةُ مثله ، وإنما قال فيه إنه الربا بعينه على سبيل التجوز في اللفظ إرادة التغليظ في المنع منه ، إذ ليس بربا بعينه كما قال ، وإنما هو على مذهبه استئجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال ، وذلك ما لا يحل ولا يجوز . لقول النبي عليه السلام : مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ(١) ولقوله : مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُوَاجِرْ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ ، وكنهيه عن بيع الغرر ، والإجارةُ بيعٌ

(١) رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد ـ قال أبو زرعة ـ الصحيح وقفه على أبي سعيد .

من البيوع لا يجوز فيها الغرر والمجهول ، فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه إنه ربا وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئِلَ مالك عن رجل تجهز يريد اليمن فجاءَه رجلٌ ليلة يخرج فقال له : خذ مني هذا المال قِراضاً فأخذه الرجل فخرج به فاشترى به رقيقاً نحواً من ستين رأساً ، فأصيب منهم بضعة وأربعون ، فقدم الرجل فطلب أن يُعْطَى نَفَقَتَه من مال الرجل قال مالك : أرى أن تحسب نفقتُهُ كم تكون إلى اليمن في ذهابه ورجعته ؟ كم هو ؟ فإن كانت قيمةُ ذلك مائةَ دينار والذي دفع إليه الرجل سبعمائة دينار رأيت أن يُحْمَلَ على صاحب المال سبعةُ أجزاء من ثمانية ، وعلى العامل جزءٌ من ذلك . فعلى هذا يُحْتَسَبُ قَلَّ المال أو كثر أو كثرت النفقة أوْ قلت .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنه تجهز في السفر في حاجة نفسه لا للتجارة بماله . ولو كان إنما تجهز للتجارة بماله لوجب أن تكون النفقة مفضوضة على المالين ، مالِه الذي خرج للتجارة به ، ومال الرجل الذي دفعه إليه . ومثل هذا في المدونة أنه إذا خرج في حاجة نفسه فُضَّتْ نفقتُهُ على نفقة ـ مثله وعلى مال القراض ، وفي كتاب محمد أنه ينظر إلى قضاء حاجته فيجعل ذلك رأس مال تُفَضُّ عليه وعلى مال القراض . قال محمد وهو استحسان . فالقياس أن تكون النفقة عليه كما إذا خرج حاجاً أو غازياً فأعطاه رجل مالاً قراضاً فخرج به ، وهو قول ابن عبد الحكم . وسحنون بأنه لا شيء من النفقة على مال القراض إذا خرج في حاجة نفسه كما إذا خرج حاجاً أو غازياً . قال أبو إسحاق التونسي : ولعل ابن القاسم أراد أنه خرج لاصلاح ضيعته ، فتكون نفقته مقدرة بإصلاح ماله ، فجعل ذلك رأس مال

تفض عليه النفقة مع مال القراض ، وأما لو خرج لزيارة أهله أو لغير إصلاح ماله لا نبغي ألّا يكون على المال القراض شيء من نفقته كما لو خرج حاجاً أو غازياً . هذا معنى قوله دون لفظه وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله شك في طَوَافِهِ

وسُئِل مالك عن المقارَض يسأله السائلُ فيعطيه الكسرة ، قال : لا بأس بذلك ، وكذلك الثمرات والماء يسقيه السائلَ فلا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأنه من الشيء اليسير الذي لا يتشاح في مثله . والأصل في ذلك قولُ الله عز وجل ﴿ لَيْسَ عَلَى الأَعْمَى حَرَجٌ وَلا على الأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلاَ عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ ﴾ إلى قوله ﴿ أَوْ مَا مَلَكْتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقكم﴾(١م) فإذا لم يكن على الوكيل حرج في الأكل من مال موكله الذي أؤتُمن عليه وجُعلت مفاتحه في يديه دون علم موكله . بِنَص القرآن ما جرت به العادة من الشيء اليسير الذي لا يُتَشَاحُ في مثله جاز ذلك للمقارَض في المال الذي بيده ، لأنه مؤتمن عليه ولذلك قال الليث في المقارَض المقِيم الذي لا نفقة له في المال إنه لا بأس أن يتغدى منه بالأفلس إذا اشتغل بالتجارة في السوق ، فإذا جاز له أن يأكل هذا القدر وإن لم يجب له فيه نفقة كان أحرى أن يجوز له التصدق به ، فيكون له في ذلك من الأجر إنْ شاء الله بقدر ما له فيه من الربح . وكذلك الوصيُ أيضاً يعطي السائلَ من مال يتيمه يرجو برَكة ذلك لليتيم . وليس قول مالك في هذه الرواية عندي بخلاف قوله في موطإه إنه لا يهب منه شيئاً ولا يعطي منه سائلاً ولا غيره ، لأن المعنى

(١م) الآية ٦١ من سورة النور .

في ذلك إنما هو فيما كثر وخرج عن حد ما لا يتشاح في مثله ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن الرجل يُعطي الرجلَ المال القراض فيشتري به طعاماً ثم يأتي به إلى السوق ويريد بيعه ، فيقول صاحبُ المالِ بع جملةً واقبض الثمن ، ويقول المقارَضُ البيع على يدي أكثرُ لربح ، وأنا أريد أن أبيع على يدي ، قال : يُنْظَرُ في ذلك إلى الذي يُرى أنه وجهُ الشأنِ فيه ، فيحملان عليه ولا ينظر في قول واحد منهما .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن لكل واحد منهما حقاً في المال ، فوجب ألاَّ يُغَلَّب قولُ واحد منهما على صاحبه وأَنْ يُسأل عن ذلك أهل المعرفة به ، فمن رُإيَ الصوابُ في رأيه منهما حُمِلاَ عليه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالكٌ عن العامل في القراض يأذن له صاحبه أن يأخذ ربحَهُ ، فقال : لا يأخذ شيئاً حتى يقتسما وإن أذِنَ له فيه صاحبه .

قال محمد بن رشد : أما إذا أخذ العاملُ في المال ربحَه بإذن رب المال وتَرَكَ ربُّ المال ربحَه في المال ، فالمكروه في ذلك بين ، لأن رب المال إذا ترك حظه من الربح في المال بعد أن أخذ العاملُ حظَّه منه بإذن رب المال فكَأَنَّه أعطاه حظه من الربح قراضاً على أن يخلطه بالقراض الأول وهو لم ينض بعد إذْ لم يتحقق نُضُوضُه . فهذا على هذا التأويل مثلُ ما في المدونة من أنه لا يجوز إذا دفع الرجلُ إلى الرجل مالاً قراضاً فشغله في سلع أن يدفع إليه مالاً آخر قراضاً على أن يخلطه به ، لأنه غرر إنْ نقص فيه وَرَبِحَ في الأول صَيَّرَهُ من ربح الأول وإن ربح فيه وخسر في المَالِ الأول صَيَّرَهُ من ربحه . وقال الفضل

فيه : إنه إن وقع كان في القراض الأول على حاله ، وَرُدَّ في الثاني إلى إجارة مثله ، ولو تحقق نضوض المال في هذه المسألة لجاز ، لأنه كان يكون بمنزلة من دفع إلى رجل مالاً قراضاً ثم دفع إليه بعد ذلك مالاً آخر قراضاً على أن يخلطه به . وإنَّما كره هذه المسألة مخافة ألا ينض رأس المال بعدُ أو لعله قد نض إلا أن فيه خَسَارَةً فَكَذَبَهُ فيما زعم أن فيه من الربح لِيُقِرَّهُ بيده ولا ينزعه منه ، ولهذه العلة لم يُجِزْ مالكٌ في موطإه أن يقتسم المتقارِضَانِ الربح دون حضور رأس المال ونضوضه ، فقال في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فعمل به ثم جاءَهُ بمال فقال هذا حصتُك من الربح وقد أخذت لنفسي مثلَه ورأسُ مالك وَافِرٌ عندي فأَقَرَّه ، قال : لا أُحِبُّ ذلك حتى يحضر المال كله ويحاسبه ويعلم أنه وافر ويصير إليه ، ثم إن شاء رَدَّهُ إليه على قراضه وإن شاء أمسكه ، وإنما يجب حضور المال مخافة أن يكون نقص فيه فهو يحب ألاَّ يُنْتَزَعَ منه وإن نفر عنده . هذا نص قول مالك ني موطإه ، وظاهر ما في الواضحة أن اقتسامهما الربح على غير محاسبة ولا اعتماد مفاصلة جائزٌ ، لأنه قال إذا كانا يفعلان ذلك وجاء في المال نقصان جبر من الربح الذي اقتسماه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئِل مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فشارك رجلاً بمالٍ له فعملا جميعاً ، قال : أراه ضامناً حين أدخل في مال الرجل غيرَه ، لأن الرجل قد يقارض الرجل بثلاثة أرباع ويقارض بالنصف لموضع أمانته ، فقيل له أفتراه ضامناً ؟ قال : نعم ، أرا ه ضامناً إن تلف أو نقص غرم ، وإن كان ربحا كان على قسمه قراضه .

قال محمد بن رشد : هذا مفسر لما في المدونة أنه إن شارك المقارَض بمال القراض فهو ضامن إذا لم ينض فيها أنه إن كان فيه ربح كان على قسمة قراضهما . وزاد في المدونة أن الرجل إذا قارض رجلين كُلُّ واحد

منهما على حدة فلا يجوز أن يشتركا وإن كان المال لواحد . وهذا كله بين لا وجه للقول فيه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن الرجل يعطي الرجل المال القِرَاض فيخرج به إلى الريف فيبتاع به القمح الكثير والشعير فيكثر عليه ذلك فيتكارى سفناً وَيَسْتَأْجِرُ أُجَرَاءَ فيحملها ويَبْعَثُ فيها الأُجَرَاء ويكتبُ إلى صاحب المال أن يقوم معهم في خزنه ويقسم إن أَحَبَّ ذلك من غير شرط يكون في أصل ذلك . قال لا يعجبني هذا ولو كان الشيء الخفيف ما رأيت به بأساً ، قيل له قدرُ المائة الدينار أو مائة وخمسين ؟ . قال : إن كان الشيءَ الخفيفَ وإلاَّ فلا خير فيه هذا يكثر فلا يعجبني .

قال محمد بن رشد : كره ذلك في الكثير مخافة الذريعة إلى استجازه ذلك على شرط ، أو رأي ، أو عادة ، فإن وقع ذلك على غير شرط ولا رَأْيٍ ولا عادة نفذ ذلك ومضى ، ولم يحولا عن شرطهما فيه ، والله الموفق .

مسألــة

وسئــل مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فَلَمَّا أراد أن يخرجَ الى سفره ، قال لصاحبه : إني أريد أن أخرج بمالي مَعِي أتَّجِرُ فيه ، وإني لست أحمل على مالك نفقةً ، وأنا أنفق من مالي فإنه لا يحمل ذلك . قال : لا يعجبني ذلك وإنما ذلك بمنزلة ما لو قال له ذلك عند دفعه إياه ، ولكن ليعمل فيهما والنفقة على المالين ،

وسواء قال ذلك عند خروجه أو عندما يدفعه إليه وفيه تفسير . قال عيسى وتفسيره إن كان قال ذلك في حين يجوز له منعه من الخروج لم يكن فيه خير ، وإن كان ذلك في حين لا يجوز له منعه وذلك بعد أن يتجهز ويشتري فلا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : وقع في بعض الروايات فإنه يحمل ذلك ولا يغير ذلك من حكم المسألة شيئاً . وتفسيرُ عيسى صحيحٌ مبينٌ لقول مالك ، فمعنى قوله وسواء قال ذلك عند خروجه أو عندما يدفعه إليه يريد إذا كان خروجُه بالمال وهو ناض قبل أن يشتري به ويتجهز . وأما لو قال ذلك بعد أن اشترى بالمال وتجهز لجاز ذلك ولزم على القول بلزوم العِدَةِ لأنها عِدَةٌ ، وإذا قال ذلك له عندما دفع إليه المال أو عند خروجه والمال بحاله فهو مكروه ولا يلزم ولا يبلغ به الفسخ إلا أن يكون ذلك القولُ عندهما كالشرط ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئل مالك عن الرجل يأخذ المال قراضاً على أنه يدفعه الى غيره يعمل به ، فكره ذلك وقال ما يعجبني ، ثم رَدَّدَ فيه الكراهية فقيل له أفرأيت إن قال له إني أبعث فيه غلامي ومولاي إلى بعض إخواني يشترون به ويبيعون ؟ فقال : إني لأرجو أن يكون خفيفاً ، وما هو من عمل الناس .

قال محمد بن رشد : لا فرق بين أن يأخذ منه المال قراضاً على أن يعطيه لغيره يعمل به قراضاً ، أو على أن يُرسل فيه غلامَه أو مولاه إلى من يشتري به ويبيع من إخوانه كما أنه لا فرق بين أن يأخذ منه المال قراضاً فيقول إني أدفعه الى غيري يعمل به قراضاً أو إني أبعثه مع غلامي أو مولاي إلى من يشتري به ويبيع من إخواني ، فإذا كان على الشرط في المسألتين

جميعاً لم يجز ، وإذا كان على غير الشرط في المسألتين جميعاً جاز . وإنما افترقت المسألتان عنده لأن الأولى بشرط ، والثانية بغير شرط .

والمكروه فيهما جميعاً إذا كان ذلك على وجه الشرط بين ، لأنه كأنه استأجره على أن يدفع ماله إلى غيره قراضاً أو على أن يبعثه مع ولاه أو غلامه إلى من يشتري به ويبيع من إخوانه على سبيل القراض بالجزء الفاضل من الربح إن دفعه بأكثر مما أخذه ، وقد يدفعه بأقل فيخسر ، وبمثل الجزء فلا يربح، فذلك غرر بين وإجارةٌ فاسدةٌ. فقوله في ذلك إنه مكروه تَجَاوُزٌ في اللفظ ، فإن وقع ذلك كانت له أجرة مثله في دفعه المال إلى غيره قراضاً وفي بعثه به إلى من يعمل به من إ خوانه قراضا ، وكان العامل فيه على الجزء الذي اشترطه من القراض .

وأما إذا قال له حين أَخْذِهِ المال منه إني أدفعه إلى من يعمل فيه قراضاً أو أبعثُه إلى من يعمل به قراضاً ولم يشترط ذلك ، فذلك إذن منه له في أن يقارض به ، فإن قارض فيه بأكثر من الجزء الذي اشترطه كان الفاضلُ لرب المال لا له . وهو نص قول مالك في كتاب ابن المواز ، بخلاف المساقاة والفرق في هذا بين القراض والمساقاة أن المساقاة يلزم بالعقد فكان له أن يأخذ الفضل ، والقراض لا يلزم بالعقد فلم يكن له الفضل . وإن قارض فيه بأقل من الجزء الذي اشترطه مثل أن يقارض رب المال على النصف فيقارض هو غيره على أن يكون له الثلث وللعامل الثلثان فَرَبُّ المال أحقُّ بالنصف ويرجع العامل الثاني على المقارض الأول بمثل سدس الربح الذي استحق صاحب المال من يده . وهذا إذا لم يعلم رب المال أنَّ المقارَض الأول قارض المقارَضَ الثاني على أكثر مما قارضه هو عليه . وأما إذا علم ورضي فلا يكون له إلا ما رضي به واختلف إذا علم أو حضر فسكت . فقيل سكوته كالإذن ، ولا يكون له من الربح إلا ما اشترط منه المقارَض الأول على المقارَض الثاني . وقيل لا يكون كالاذن ويكون أحق بالجزء الذي قارض عليه هو

المقارَض الأول . وقد مضى هذا المعنى في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب المُسَاقاة . وفرق في كتاب محمد في الذي يأخذ المال قراضاً بين أن يقول أبعثه مع مولاي إلى بلد آخر إلى من يكفيني أمره أو إلى قوم يشترون ويبيعون . فقال في الأوَّلِ إنه لا يصلح ، وفي الثاني أرجو أن يكون خفيفاً . قال محمد ما لم يشترط .

وجه الفرق بينهما أنه إذا قال أبعثه إلى من يكفيني أمره فإنما معناه أبعثه إلى من ينزل منزلتي في العمل فيه بالجزء الذي أخذتُه به ، وقد يجد ذلك وقد لا يجده . فلذلك كرهه وقال إنه لا يصح ، وإذا قال أبعثه إلى قوم يشترون ويبيعون . فإنما معناه إلى قوم يشترون به ويبيعون على ما أُوَاجِبُهُم عليه من الربح على سبيل القراض أو من الأجرة على سبيل الاستيجار على الوجه الذي تصح عليه الإجارة . وذلك لا يَتَعَذَّرُ وجودُه . فلذلك أَجازَه وَرَآهُ خفيفاً . وأما إذا كان ذلك بشرط فقد مضى وجهُ فساده وبالله التوفيق .

مسألـة

وسُئِل مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً وأَذِنَ له في مدايَنَةِ الناس فداين وعمل ، ثم إنه وقع بينهما كلام ، فقال له العامل : هذا ما اشتريت بمالك حاضراً ، وما كان منه غائباً فهذه ذُكُورُ حقوقـك فخذ ذلك كله وأخرجني منه واقبض لنفسك وبع لها . قال : لا بأس بذلك . فقلت له : أفلا ترى فيه غرراً ؟ . قال : لا إنما هو مثل الذي يموت فيأبَى الورثَةُ أن يعملوا فيكون له ، أو الرجل يأخذ المال قراضاً فيشتري فيصيبه مرض أو يضعف عن القيام فيه فيسلم ذلك إلى صاحب المال فلا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : أما مرضٌ أو ضعفٌ عن القيام في المال فالأمرُ في جواز ذلك ظاهر ، لأنه يشبه الموت . وأما إذا أسلم المال إلى رب المال

وتخلى عن القراض إليه برضاه وهو قد أَنْشَبَ المالَ في سلع وديون فالأظهرُ أنه لا يجوز على ما قاله سحنون في أول رسم من السماع . وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالك عن الرجل يأخذ المال قراضاً فيشتري متاعاً ويُدَاينُ فإذا كان على رأس حول دعا صاحبَه إلى أن يحاسبه فيقول عندي كذا وكذا من النقد ، وكذا وكذا من العروض ، والدينُ كذا وكذا ، ويقول له صاحب المال أنا أعطيك ربحك من النقد وأبريك من الدين وهو رأس مالي والعَرْضِ إن دخل فيه نقصان إلاَّ أن العامل يعمل فيه كما هو ، قال : لا خير فيه حتى يحصل المال .

قال محمد بن رشد : قوله إلاّ أنّ العامل يعمل فيه كما هو أي حتى ينض المال بِقَبْضِ الدين وَبَيْعِ العروض وقبض أثمانها ، وإنما لم يُجِز ذلك وقال إنه لا خير فيه لأن السنة في القراض لا يقسم الربح إلاّ عند المُفَاصَلَةِ إما بعد نضوض المال وإما بأن يرضي رب المال أن يخرج في رأس ماله إلى دين أو يأخذ فيه عرضاً . فقد حكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك أنه قال : وإذا تفاصل رب المال مع العامل في القراض واقتسما الربح فلا بأس أن يأخذ رب المال رأس المال عينا ثم يُقَاسِمُه ما بقي من سلع أو غيرها ، أو يأخذ رب المال في رأس ماله سلعة ثم يقاسمه فيما بقي من عين أو عرض . فإذا لم يكن للعامل أَنْ يقبض حصته من الربح حتى ينض رأس المال إلاّ برضى رب المال بالمفاصلة قبل نضوضه كان رَبُّ المال إنما فاصله قبل نضوضه وعجل له حصته من الربح قبل أن ينض رأسَ المال على أن يعمل في المال حتى ينض باطلاً بغير شيء يكون له ، فيدخله سلف جر منفعة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب حلف ليرفعن أمراً إلى السلطان

قال سئل مالك عن المقارِض يحاسب صاحبَه ويقول قد تَهَضَّمْتُ لك وحملت على نفسي ، ثم يأتي بعد ذلك يذكر أنه نسي الزكاة وغير ذلك . قال : لا يقبل قولُه إلاّ أن يأتي على ذلك ببينة أو أمر لا يُسْتَنْكَرُ فيه قولُه ، وأمر يعرف به وجه ثبات ما رفع من ذلك . قال ابن القاسم : وسمعته وسألناه عن مقارَض عمل ودفع إلى صاحبه رأس ماله وربحه ثم جاء بعد ذلك يطلب نفقته ويقول أنفقتُ من مالي ونسيت حتى دفعت إليك . قال لا يحلفُ ويكون القولُ قولَه .

قال محمد بن رشد : أما المسألة الأولى فلا اختلاف فيها أنه لا يصدق فيما ادعى أنه نسيه عند المحاسبة لقوله قد تهضمت لك وحملتُ على نفسي لاحتمال أن يكون هذا الذي ادعى أنه نسيه هو الذي تهضم فيه وحمل فيه على نفسه ، إلاّ أن يأتي بدليل على صحة دعواه . وأما المسألة الثانية . ففي المسألة خِلاَفُهَا أنه لا يقبل قولُه فيما ادعى أن له في المال بعد أن حاسب صاحبه وقاسمه ودفع إليه ماله وهو الأظهرُ ، لأن دفع ماله إليه كالإقرار أنه لا حق له فيه ، فهو مدعى عليه فما يريد أن يخرجه من يده بعد أن دفعه إليه . ووجه القول الثاني أن الغلط والنسيان ليس أحد بمعصوم منه ، فوجب أن يصدق بعدُ كما كان يصدق قبلُ ، وهذا يشبه اختلافهم فيمن باع مساومة ثم ادعى الغلط وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله سلف في المتاع

وقال مالك فيمن أقام في الحضر في تجارة القراض مشتغلاً بها نهاره كله : لا أرى أن ينفق من مال القراض شيئاً على نفسه في غدَاءٍ ولا غيره .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف قول الليث بن سَعْدٍ في المدونة أنه لا بأس إذا اشتغل في السوق أن يَتَغَدَّى بالأفْلسِ ، وقولُه أظهر . وقد مضى من قول مالك في أول رسم شك ما يُضَاهِي قولَه على ما بيناه هناك ، وبالله تعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسُئِل مالك عن الرجل يقارض الرجل بمال فيشتري متاعاً فيريد المُقَارَضُ أن يبيع المتاع فلا يجد به ما يُعجبه من الثمن فيقول لصاحب المال بعنيه وأنا أنقدك من ثمنه كذا وكذا ثم أنظرني ببقية الثمن شهراً أو شهرين ، قال : لا خير في ذلك ، قال ابن القاسم : وقد سمعتُه غير مرَّةٍ يكرهه وكأنه ينحو إلى وَجْهِ كَأَنَّهُ أعطاه مائة بخمسين ومائة إلى أجل .

قال محمد بن رشد : في النوادر متصل بهذه المسألة . قال ابن القاسم في رواية يحيى : إن ابتاعه بنقد فجائز ، وإنْ كان بتأخير بمثل الثمن فأقل فجائز ، وإن كان بأَكْثَرَ فلا يجوز ، وإن أراد رب المال أن يشتريها بنقد أو إلى أجل فلا بأس به ، ومثلُه في رسم القطعان من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب وهو صحيح لهذه الرواية وغيرها . وقد مضى القولُ على هذه المسألة مستوفى في أول مسألة من سماع ابن القاسم ، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً

وسُئِلَ مالك عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فتجهز منه

بطعام وكسوة ثم هلك الرجل فأَرَادَ الوصيُ أن يأخذ ذلك المال . قال أرى ذلك له ، وأرى أن يأخذ منه ذلك الطعام والكسوة التي اشترى من مال الميت . قال سحنون : ليس ذلك للوصي ، لأنه هو لو كان حياً لم يكن له أن يأخذ ذلك منه ، إلّا أن يكون لم يُحَرِّكْ من المالِ إلّا في كسوة نفسه وطعامه ، فهو كما ذكر في المسألة .

قال محمد بن رشد : معنى ما تكلم عليه مالك أن العامل لم يتجهز من المال إلّا في كسوة نفسه وطعامه ، وذلك بين من قوله : وأرى أن يأخذ منه ذلك الطعام والكسوة التي اشتريت من مال الميت ، يريد ولا يترك له من أجل أنه اشتراها لنفسه ، وإن كان قدرُ ذلك يسيراً إذا لم يعمل بالمال فيترك له الشيء اليسير كما قال في المسألة التي بعدها ، ويَحتَمِلُ أن يريد وهو الأظهر أنه يؤخذ منه ذلك الطعام وتلك الكسوة ، ولا يضمن الثمن التي اشتراها به من أجل أنه اشتراها لنفسه ، إذ لو رأى إذا تجهز من المال بطعام وكسوة للتجارة لا لنفسه أن يُؤخَذَ المالُ منه لما كان إشكال في أنه يؤخذ منه ما كان تجهز به حتى يُحْتَاجَ إلى بيانه ، فقولُ سحنون صحيح في أنه لا فرق في ذلك بين الوصي وبينه هو لو كان حياً ، وتأويلُه على مالك أنه فَرَّق بين الوجهين غيرُ صحيح . وينبغي إذا أخذت منه الكسوة أنه إشتراها لنفسه والطعام وأخرج من القراض أن يُعْطَى أجرةَ مثله في ابتياعه الكسوة والطعام ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال مالك فيما يَفْضُلُ عند المقارَضِ إذا قدم من سفره مثل الجُبَّةِ وأشباه ذلك ، فقال ما علمت أنه يُؤخَذُ منه مثلُ هذا .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في نوازل سحنون أن رب المال إذا أخذ ماله من العامل لا يؤخذ منه الثيابُ التي كان اشتراها لسفره من مال القراض إلّا أن يكون لها قدر وبال . ومثله لمالك في موطأه . وهو استحسان

على غير حقيقة القياس ليسارة ذلك مع العرف الجاري فيه على أصله في كتاب الحدود في القذف من المدونة في الرجل يكسو إمرأته كسوة السنة بفريضة من السلطان أو بغير فريضة ثم يموت أحدهما قبل انقضاء السنة أنه استحسن ألَّا يتبع المرأة بشيء من ذلك لما بقي من السنة بخلاف النفقة وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله مساجد القبائل

وسئل مالك عن القوم يشترون التجارات من الحبوب والصوف وأشباه ذلك فلا تَحْمِلُ أموالُهم ما يشترون ، فيأتون إلى أقوام يسألونهم أن يعطوهم أموالاً قراضاً ولا يُعْلِمُونهم بما كانوا اشتروا ويجعلونها قراضاً فيما بينهم وبين الذين قَارَضُوهُم أترى ذلك يصلح ؟ قال : لو صح ذلك لم أربه بأساً ، قيل له فما الذي تخاف ألَّا يصح ؟ قال : يشتري سلعة غائبة فيندم فيها فيأخذ هذا المال فينقده فيها . قال ابن القاسم :لا يعجبني العملُ بهذا وان صح ، قال سحنون مِثْلَهُ .

قال محمد بن رشد : كراهية مالك لهذا العمل مخافةَ ألَّا يصح وإجازتُه له إذا صح هو مذهبه في المدونة ، لأنه قال فيها : إني أخاف أن يكون قد اسْتَغْلَاهَا فيدخل مَالُ الرجل فيه فلا أحب هذا . وزاد في أصل الأَسَدِيَّة تتميماً لقوله ولو أعلم أن ذلك صحيح لم يكن لَغَلَا وقع فيه وما أشبهه لم يكن به بَأْسٌ وقولُ ابن القاسم لا يعجبني العمل بهذا وَإِنْ صَحَّ أَصَحُّ والله أعلم . لأن الذي نواه أخذ المال من أن يُنْفِذَ مالَه فيما قد اشتراه لو علم به رب المال لما جاز باتفاق . وإن صح أن ذلك لم يفعله لغلاء وقع فيه لانه بمنزلة رجل أسلف رجلا مالا على أن ينفذه في سلعة اشتراها على أن له نصف ما يربح فيها

وعليه جميع ما كان فيها من وضيعة ، وذلك أنه يحمل أمرهما على أنه لما اشترى السلعة فَقَصُرَ ما عنده عن ثمنها وعلم أنه إن سأل الرجل أن يسلفه ما نقصه من ثمنها يَأْبَى ذلك عليه ، وإن قال له اعطني ما نقصني من ثمنها ويكون لَكَ نصفُ ربحها كان ذلك حراماً لا يجوز أخذه منه باسم القراض ونيتُه فيه ما تقدم فوجب ألاّ يجوز . ولذلك تابعه عليه سحنون فقال لاخير فيه . ففرق مالك بين أن يعلمه بذلك أو لا يعلمه به في المدونة ، وساوى بينهما ابن القاسم على ما وقع له هاهنا وسحنون أيضاً . ولذلك قال فيما رأيت له في بعض حواشي كتب المدونة على المسألة الثانية إذا أعلمه : هذه جيدة أصح من الأولى ، يريد إذا لم يعلمه ، فإذا وقع ذلك كان الحكم فيه على مذهب مالك أن يكون لرب المال أن يأخذ ماله كاملاً إن بِيعَتْ السلعةُ بوضعية إلاّ أن يبين العامل أنه لم يفعل ذلك إلاّ على وجه الصحة لالغلاء وقع فيه ، وإن عجز عن تبيين ذلك ودعا إلى تحليف رب المال على أنه قد أعلمه كان ذلك له إن حقق عليه الدعوى باتفاق ، وإن لم يحققها عليه على اختلاف ، وأما إن باع العامل السلعة بربح فادعا أنه كان اسَتغْلاَهَا ولذلك أخذ المال لينقدَه فيها ليرد إلى رب المال رأس ماله ويستبد هو بالربح لم يصدق في ذلك إلاّ اأن يقيم عليه بينة . وأما على مذهب ابن القاسم وسحنون فليس لرب المال إلا رأس ماله بيعت السلعة بربح أو وضيعة ، وإن تلفت فالعامل ضامن للمال بمنزلة إذا أعلمه أنه ينقده ماله في السلعة التي إشترى لأنه إذا أخذه لينقده في ثمن السلعة التي إشترى فكأنه استسلفه منه على أن له نصف ما يربح في السلعة ، فإذا لم يعلم رب المال بذلك كان هو المنفردَ بالإثم دونه ، ووجب عليه أن يرد إليه رأس ماله ، وإذا أعلمه بذلك اشتركا في الإثم ، فهذا وجه القول في هذه المسألة . وأما إذا أَتَاهُ قبل أن يشتري فقال له إني وجدت سلعة رخيصة فادفع إلي مالا أشتريها به على سبيل القراض فذلك جائز ، وقد فعله عثمان بن عفان إذا لم يسم السلعة ولا صاحبَها البائعَ لها ، فإن سمى السلعة أو الرجلَ لم تَجُزْ وَكَانَ العاملُ في ذلك أجيراً وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن قراض النقرين[٢] الذهب والفضة ، فقال : لا . قال إبن القاسم إذا وقع لم أفسخه وانفذت بينهما شرطهما من الربح . قال إبن القاسم : عملٍ أو لم يعمل ، ربح أو لم يربح ، هو قِرَاضٌ ما هو واجب لهما متاركتُه إذا لم يعمل : قال أصبغ : قلت لابن القاسم فالفلوس أَيُقَارَضُ بها ؟ قال : لا ، أنا أكرهه وكَرِهَ القراض بها ، قلت فإن وقع وجاء فيه ربح أو وضيعة فوقف ولم يُجِبْ فيه بشيء ، قال أصبغ : هو عندي كالنقر أرى أن يمضي . وقد جرى مَجرى العين من كِتَابِ البيع والصرف .

قال محمد بن رشد : أما القراض بنقر الذهب والفضة في البلد الذي يدار فيه نقر الفضة والذهب وَأَتْبارهُمَا ويُتَبَايَعُ فيه فذلك جائز على ما وقع في سماع يحيى بعد هذا من هذا الكتاب ولا اختلاف في هذا . وأما القراض بها في البلد الذيلا تُدَارُ فيه وإنما يبتاع الناسُ فيه بالدنانير والدراهم المضروبة . ففي ذلك ثلاثة أقوال . أحدها أن ذلك لا يجوز . وهو ظاهر قول مالك في رواية إبن القاسم هذه عنه . وقد رُوِيَ عنه مثلُ هذا الظاهر نصاً أن ذلك لا يجوز . والعلة في ذلك أنه لما كان البلد لا يُبْتَاعُ بها فيه فكأنه قال له بعها أو اسْتَضْرِبْهَا واعمل قراضاً بالثمن الذي تبيعها به أو بالعدد الذي يخرج في الضرب منها ، فأشبه القراض بالعروض إذا قال له بعها وأعمل بثمنها قراضاً ، فإن وقع ذلك كان له أَجْر مثلْها في بيعها أو استضرابها ، ويكون رأس المال الذي يَرُدُّ إذا نَضّ القراضُ الثمن الذي باعها به أو العدد الذي خرج منها ، ويكون في ذلك على قراض مثله . والقولُ الثاني يُكره ابتداء فإن وقع

---

(٢) النُّقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

نفذ ومضى على شرطهما من الربح عمل أو لم يعمل ربح أو لم يربح . وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وفي سماع يحيى بعد هذا وقولُ أصبغ في كتاب محمد وقول إبن حبيب في الواضحة ، ويكون رأسُ المال الذي يَرُدُّ العاملُ إذا نض المالُ مثل النقد الذي أخذ في طيبها وزنتها ، فإن لم يَعْرِفَا لها زنة فرأس ماله فيه الثمن الذي باعها به أو العدد الذي خرج فيها إن كان استضربها ولم يبعها ، وان كان باعها بعروض ولم يعرفا لها وزناً فرأسُ المال فيه قيمتها من الذهب إنْ كانت نقر فضة أو قيمتها من الفضة ان كانت نقر ذهب قال إبن حبيب في الواضحة : إلاَّ أن يكون يومَ قارضة قال له بعها أو استضربها فيكون رأسُ ماله ما باعها به أو ما خرج في إسْتِضْرَابِهَا عَرَفَا وزنَ التبر والنقر التي أعطاه أو جهلاه، ويكون له أجرةُ مثله في بيعه إياها بالدنانير أو استضرَابِهِ لها إن كان في ذلك مؤنة وفي مثله كراء ، ثم يكون فِيمَا نض في يديه من ذلك على قراض مثله . هذا قول إبن حبيب في الواضحة ، ففرق بين أن يشترط عليه بيعها أو استضرابها وبين أن لا يشترط ذلك عليه . وقد علم أنه لا بد له من بيعها أو استضرابها وإن لم يشترط ذلك عليه إذا كان البلد لا يبتاع فيه بها ، والمعنى في ذلك أنه إذا اشرط عليه ذلك فقد شرط أن القراض إنما يكون من بعد بيعها او استضرابها وإذا لم يشترط ذلك عليه فقد جعلها قراضاً من يوم دفعها اليه ، وقد يبيعها بعروض وإن كان البلد لاَ يبتاع فيه بها ، فيكون بيعه لها بالعروض من التجارة ، ويرد مثل ما دفع إليه إذا نض القراض ، لأنها لا تتغير ولا تختلف أسواقها ، بخلاف العروض ، فلذلك جاز القراض بها عند من أجازه . والقول الثالث أن القراض بها جائز ابتداءً . وهو قول مالك في رواية أشهب عنه بعد هذا في رسم مسائل بيوع . وقد سئل عن القراض في نقر الذهب والفضة أيصلح ؟ . قال : نعم في رَأْيي قد قارض الناس قبل أن يُضرب الذهب والفضة ، قلت ويرد نقراً مثلها ؟ قال : نعم ، وقول ابن وهب وروايته عن مالك .

وأما القراض بالفلوس فهو أشد عند إبن القاسم من القراض بنقر الفضة

والذهب ، لأنها تشبه العروض في أنها تحول بالنَّفَاقِ والكساد والفساد فلذلك وقف فيه ، إذا لم يعثر عليه حين وقع حتى جاء فيه ربح أو وضيعة . وفيها أيضاً ثلاثة أقوال . أحدها أنها كالعروض في أن القراض لا يجوز بها من أجل أنها تحول إلى النفاق والكساد والفساد ، وهو قول ابن القاسم في أول كتاب القراض من المدونة . واحتج بأنها تشبه العروض ولا تشبه العين برواية عبد الرحمان عن مالك في إجازة شرائها بالدنانير والدراهم نَظِرَةً ، فإن وقع القراض بها على هذا القول رُدَّ العامل فيها إلى قراض مثله ، وكان رأس المال الذي يرده إذا نض المال قيمة الفلوس من الدنانير والدراهم يوم دفعها إليه . **والقول الثاني** أن القراض بها مكروه فإذا وقع مضى على شرطهما من الربح ولم يرد ، وكان رأس المال الذي يرده العامل إذا نض المال مثل الفلوس الذي دَفع إليه رب المال . **والقول الثالث** أن القراض بها جائز إبتداء وهو قول أشهب في ديوانه ، قال لأنها كالعين في أنه لا يجوز بيعها بالدنانير والدراهم نَظِرَةً وليس الاعتبارُ بالصرف في جواز القراض بها ولا مَنْعِه بِبَيِّنٍ . إذ قد اختلف في ذلك قول مالك ، وإنما العلة الصحيحة التي يجب الاعتبار بها في ذلك حوالتُها إلى النفاق والكساد والفساد ، فإن كان يُؤمن ذلك في الغالب عليها وكان يُتَبَايَعُ بها في البلد لم يجز القراض بها ، إنما يجوز القراض بها عند من أجازه في الشيء اليسير الذي يتبايع فيه بالفلوس كالبقول والفواكه وشبه ذلك ، مع أنه رأى باجتهاده أنها لا تحول عن حالها من النفاق والكساد في أغلب الأحوال والله أعلم .

وأختلف قولُ مالك أيضاً في جواز القراض بالحلى ، فحكى ابنُ الجلاب عنه الروايتين في ذلك ، ولم يجزه في كتاب إبن المواز ولا في سماع أشهب بعد هذا ، وهو الصحيح المعروف . قال في الموضعين وقد سئل أيصلح أن يقارض من الذهب والفضة فيما كان مصوغاً ؟ : ليس هكذا يقارض الناسُ . فقيل له ذلك أحب إليك ؟ قال : بل هو الشأن متى يأتي هذا المقارض بمثل الخلخال والسوار حتى يرد مثله . وقال بعض المتأخرين

القراض بالمصوغ على ثلاثة أوجه : جائز إذا كانوا يتبايعون به مثل ما بالمغرب بأرض المصامدة ومكروه إذا كانوا لا يتبايعون به ولا يتعذر عندهم المثل ، وممنوع إذا كان المثل يتعذر كما قال مالك : فمن أَيْنَ يأتي بهذا الخلخال ؟ وبالله التوفيق .

ومن كتاب القبلة

قال مالك : من كانت عنده مائة دينار قراضاً فاشترى سلعة بألف دينار على أن ينفده مائة ، فنقد المائة التي عنده قراضاً . قال : هما شريكان في الزكاة بالحصص ، وتقوم السلعة بالنقد فإن كانت قيمتُها تسعمائة كان للقراض التسعُ من تلك القيمة . قال إبن القاسم : وكذا الربح والوضيعة فيما بلغني عن مالك .

قال محمد بن رشد : قولُه على أن ينقده مائة يريد والتسعمائة قِبَلَه وفي ذمته إلى أجل معلوم ، والشراءُ له وللمال القراض ، ولو كان إشتراها على أن تكون السلعة كلها للقراض ويُؤدي ربُّ المال التسعمائة عنده إذا حل الأجل لكان بالخيار بين أن يجيز ذلك ويؤدي السعمائة إذا حل الأجل وتكون السلعة كلها على القراض ، وبين ألاّ يُجِيزَ ذلك فلا يكون منها على القراض الا بقدر المائة التي دفع إليه من قيمة السلعة يوم اشتراها ، ويكون للمقارَض منها قدرُ ما زادت قيمتها على المائة التي دفع إليه ، هَذَا قولُه في هذه الرواية أن السلعة تقوم بالنقد يريد يوم اشتراها ، فإن كانت قيمتها تسعمائة كان للقراض التسع ، ومثله في المجموعة وفي كتاب إبن المواز في القراض من المدونة . وقال محمد بن المواز: ليس هذا بشيء ، لأنه إن استرخص لم ينتفع القراض بذلك ، وإن استغلى لم يلحقه الغلاء ، إذ لو كانت قيمتُها بالنقد ألفاً أو ألفاً وخمسمائة لم يقع للقراض من ذلك إلاّ مائة . والصوابُ من ذلك أن يقوم

الدَّين . وقد روى عن مالك وعن إبن القاسم وأشهب أن ينظر إلى قيمته التسعمائة أن لو نقد بعرض ، وينظر إلى قيمة العرض ، فإن سوى ستمائة كان للقراض سبع السلعة فيما يقع لذلك من ربح أو وضيعة ، وهو القياس ، لان الدين حكمه حكم العرض فكأنه قد اشترى السلعة بالمائة القراض وبعرض . فالواجب في ذلك بلا خلاف أن ينظر إلى قيمة العرض . فإن كانت قيمتُه ستمائة كان للقراض السبع وان كانت قيمته سبعمائة كان للقراض الثمن ، وكذلك على هذا المثال ما زادت قيمته أو نقصت ، وعلى هذا أَصْلَحَ سحنون مسألة المدونة أن يقوم الثمن المؤجل لا السلعة ، ووجه ما وقع في المدونة من تَقْوِيم السلعة هو أن الديون لَمّا لم تَجْرِ العادةُ بتقويمها كانت قيمتُها غير معروفة . والغالبُ أن السلعة إنما تشتري بقيمتها دون غبن يجري في ذلك على البائع وعلى المبتاع . فَالأَحْسَنُ في هذا من أجل أن العادة لم تجر بتقويم الديون وأن السلع قد يتغابن في شرائها وإن كان الأغلب أنها إنما تشتري بالقيمة دون تَغَابُنٍ أن تقوم السلعة بالنقد وعلى أن يتأخر من الثمن تسعمائة إلى الأجل ، فإن كانت قيمتُها بالنقد ألف دينار وإنْ يَتَأَخَّرْ من الثمن تسعُمائة إلى ذلك الأجل ألف ومائتان ، علمنا أنه قد زاد على قيمة السلعة بالنقد من أجل التأخير سدس الثَّمَنِ ، لأن المائتين التي بين الألف وبين الألف والمائتين سدس الألف والمائتين ، فيحط من الألف التي اشترى بها السلعة سدُسها وهو مائة وستة وستون وثلثان ، فيكون الباقي هو ثمن السلعة وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، يكون القراض منها مائة ، وذلك عشرها وخمسة أسباع عشر عشرها . وكذلك ما زاد أو نقص على هذا الحساب . وكذلك لو اشترى سلعة بالنقد بأكثر من رأس مال القراض لكان شريكاً للقراض بالزايد . وفي ذلك تفصيل وقع تفسيره في الذمياطية . قال إبن القسام فيها : في القراض وجهان لا يأبه كثير من الناس إليها ، رجل أخذ مائة دينار قراضاً وله مائة دينار لنفسه فخلطها بها ثم اشترى سلعة ، قال فهما شريكان وليس صاحب المال هنا مخيراً . قال وإن كان إنما أخذ مائـة دينار قراضاً ثم اشترى سلعة فيسلف فيها

مائة دينار فصاحب المال بالخيار ، إن شاء أن يؤدي ما سلف عليه أدّاهُ ، وإن شاء كان شريكاً في السلعة كذا وقع في الدمياطية ، ولا فرق في القياس والنظر أن يخلط مائة بمائة القراض قبل الشراء ، أو لا يخلطها بها إنْ قال في الوجهين جميعاً إنما زدت المائة من مالي على أن أكون شريكاً في السلعة بها صدق في ذلك ولم يكن لرب المال عليه في ذلك خيار . وإن قال إنما زدت المائة من مالي على سبيل السلف لرب المال كان رب المال بالخيار إن شاء أن يؤدي المائة وتكون السلعة كلها على القراض كان ذلك له ، وإن شاء كان شريكاً في السلعة معه بها وللعامل في القراض إذا كان مديراً أن يشتري على القراض بالدين إلى أن يبيع ويقضي . وأما إذا كان غير مدير فاشترى سلعة بجميع مَالِ القراض فليس له أن يشتري غيرها بالدين على القراض ، فإن فعل لم يكن على القراض وكان له ربحها وعليه وضيعتها ، وإن أذِنَ له رب المال في ذلك إلّا أن يأذن له في أن يشتري على القراض على أنه إن ضاع مال القراض كان ضامناً لذلك في ذمته ، فيجوز وتكون السلعة على القراض وسيأتي هذا المعنى في سماع أبي زيد . وكذلك لو اشترى بالمال القراض سلعة فلم ينقده حتى اشترى سلعة أُخرى على القراض كان ربحها له ووضعيتها عليه ، لأن صاحب السلعة الأولى احق بمال القراض إلا أن يأذن له رب المال في شرائها على القراض أنه ضامن للثمن إن تلف مال القراض ، ولم يعط في المدونة في هذه المسألة جواباً بَيّناً . وإذا باع العامل السلعة التي اشترى للقراض بربح قبل ان ينقد ثمنها فالربح بينهما بمنزلة أنْ لَوْ باعها بعد أن نقد . وكذلك إن اشترى السلعة للقراض والمال غائب في بيته بمال من عنده أو بسلف من رب المال أو من غيره ، فالربح بينهما على القراض وان كان بيعه إياها قبل أن يقضي الثمن الذي تسلفه من المال الذي في البيت ، وإن اشترى سلعة ثانية بالمال الذي في البيت بعد أن باع السلعة الأولى كانت على القراض أيضاً ، فإن خسر فيها جَبَرَهُ من ربح السلعة الأولى . قاله إبن القاسم بعد هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى ، ولو اشترى السلعة الثانية بالمال الذي في البيت قبل أن يبيع

السلعة الأولى لم يكن على القراض وكان النقصان منه إن بيعت بنقصان لانه متعد إذا اشترى به ، وبائعُ السلعة الأولى أحق به ، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله لاقسامة في العبيد

وقال مالك في الرجل يأخذ المال قراضاً فيعمل فيه ثم يشتري من ربح المال أو من جملته جارية فيطأها فتحمل منه ثم نقص المالُ . قال مالك إن كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجْبَرُ به القراض ، ثم ما كان من ربح بعد وفاء المال فهو بينهما قال إبن القاسم : وإن لم يكن له مال اتبع بقيمتها دَيْناً ولم تُبَعْ . قال سحنون قول إبن القاسم يكون ديناً يتبع به غير معتدل عندي وتباع إلاّ أن يكون فيها فضل فيباع منها بقدر رأس مال رب المال وربحه ويبقى ما بقي منها بحال أم الولد .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك في هذه المسألة هو نص قول مالك في الموطأ ، وزاد فيه ، فإن لم يكن له مال بيعت الجارية حتى يُجْبَرَ المالُ من ثمنها . وهذا هو الحكم فيها إذا اشتراها ثم وطئها فحملت ، والقيمةُ في ذلك إذا كان له يوم حملت . فلم يفرق مالك على قوله هذا وهو قوله في موطإه بين أن يشتريها من مال القراض فيطأها وبين أن يطأها بعد أن اشتراها للقراض ، وفَرَّقَ إبنُ القاسم بين المسألتين فقال : إنه إذا اشتراها من مال القراض ليطأها فوطئها أنها لا تباع إن لم يكن له مال ، قال مرة وتؤخذ منه قيمتها إن كان له مَالٌ فيجبر به القراض ، ويتبع بها إن لم يكن له مال ولا تباع وهو قوله في هذه الرواية . ومعناه عندي إن كانت القيمةُ أكثرَ من الثمن فإرادتُه أنه يتبع بالأكثر من الثمن أو القيمة ، وقال مَرّةً إنه يؤخذ منه الثمن فيجبر به القراض إن كان له

مال ، ولا تباع ، وهو قوله في رسم جاع فباع إمرأته من سماع عيسى بعد هذا . وإذا أخذ منه الثمنُ الذي إشتراها به أو الأكثر من القيمة أو الثمن على ما تَأَوَّلْنَا عليه قولَه في هذه الرواية واتبع بذلك ديناً ثابتاً في ذمته كانت له أُمّ ولد وَلَمْ يتبع بقيمة الولد على ما قاله عيسى إبن دينار في رسم جاع فباع إمرأته من سماع عيسى ، لأنه لم يقل إنه يتبع بقيمة الولد إلاّ إذا اشتراها للفراض ثم وطئها ، وسنذكر هناك وجه قَوْلِهِ إن شاء الله وعاب سحنون قولَ ابن القاسم واختار قول مالك أنها تباع إن لم يكن لها مال(٢م) وتباع على مذهبه، وما اختاره من قول مالك فيما لزمه من قيمتها يوم حملت فإن لم يَفِ ثمنُها الذي بيعت به بقيمتها يوم حملت اتبع بما نقص من قيمتها يوم حملت وإذا أخذت منه قيمتها يوم حملت أو بيعت في ذلك إن لم يكن له مال على هذا القول يُخَرَّجُ اتباعه ايضاً مع هذا بقيمة الولد على قولين قد ذكرناوجههما في نوازل سحنون من كتاب الاستبراء . وهذا إذا لم يكن فيها فضل . وأما إن كان فيها فضل فقيل إنه يُباع منها على العامل إن لم يكن لـه مال لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويبقى ما بقي منها بحال أم ولد . وهو قول سحنون هاهنا . وقيل يكون حكمُها حكمَ الأمة بين الشريكين يطأها أحدهما فتحمل ولا مال له ، وهو قول عيسى ابن دينار في رسم جاع من سماعه . هذا تحصيل القول في هذه المسألة على ما حملها عليه بعضُ أهل النظر باتباع ظواهر الروايات ، والذي أقول به في هذه المسألة أن الاختلاف في بيعها إذا حملت وهو عديم إنما هو إذا اشترى ووطىء ولم يعلم إن كان اشترى للقراض أو لنفسه بمال استسلفه من القراض إلاّ بقوله . فحمله مالك على أنه اشتراها للقراض وَلَمْ يصدقه أنه اشتراها لنفسه بمال استسلفه من القراض . ولذلك قال إنها تباع إن لم يكن له مال ، وحمله إبنُ القاسم على أنه اشتراها لنفسه بمال تسلفه من القراض بل لم يصدقه أنه اشتراها للقراض إن زعم ذلك على ما روى عنه أبو زيد في سماعه . ولذلك

(٢م) كذا بالأصل ، والصوابُ إن لم يكن له مال .

قال إنها لا تباع . وأما إن علم أنه اشتراها لنفسه بمال تسلفه من القراض فلا تباع ويتبع بالثمن الذي اشتراها به في ذمته قولاً دون اختلاف ، كما لا يختلف إذا اشتراها للقراض ببينة تقوم على ذلك ثم وطِئَها فحملت ولا مال له في أنها تباع فيما لزمه من قيمتها ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله مرض وله أم ولد فحاضت

قال وسئل مالك عن رجل قارض رجلاً ثم إنه أشركه بعد ذلك في سلعة إشتراها . قال : إن كان صَحَّ ذلك فلا أرى بأساً . قال عيسى لا بأس من اشترى منهما سلعة من صاحبه فأشرك صاحبَه فيها ، المقارِضَ كان المقارَض ، كان من مال القراض أو من مال نفسه .

قال محمد بن رشد : أما إذا أشرك العاملُ لرب المالِ القراضِ في سلعة إشتراها لنفسه من ماله أو للقراض من مال القراض فلا إشكال في جواز ذلك . إذ لا اختلاف في أنه يجوز أن يبيع العاملُ من رب المال سلعة إلاّ أن يكون ذلك والمالُ ناض عنده وقيمةُ السلعة أكثرُ من الثمن الذي باعها به منه فيُكْرَهُ ذلك مخافَةَ أن يكون إنما حاباه بها لِيُقِرّ القراض بيده ولا يأخذه منه .

وأما إذا أشرك ربُّ المال العاملَ في سلعة إشتراها فإن كان ذلك بعد أن نقد الثمن فذلك بمنزلة إذا باع منه في سلعة سواء . ولذلك قال مالك إن كان صح ذلك فلا أرى به بأساً . وقد مضى تحصيلُ القول في ذلك في أول سماع إبن القاسم . ورَأى عيسى التهمةَ في ذلك مرتفعةً من أجل أن الشركة على وجه المعروف . وأما إن كان أشركه فيها قبل أن ينقد الثمن بحضرة البيع فلا إشكال في أن ذلك جائز إذ لا تهمة فيه من أجل أنه إنما يدفع الثمن إلى البائع والعهدة عليه فكأنه إنما اشترى منه . ويحتمل أن يكون تكلم مالكٌ على أنه قد نقد وعيسى على أنه لم ينقد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك
رواية سحنون من كتاب أوله قراض

قال سحنون : قال أشهب وابن نافع : سئل مالك عن الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً ويشترط عليه أنّ زكاةَ ربح المال في حصتك من الربح قال : لا خير فيه ، ثم سئل عنها من الغد أيضاً فقيل له الرجل يقارض الرجل ويشترط عليه أن عليك زكاة ربح المال في حصتك من الربح ؟ فقال : ما هذا بحسن .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في أصل الأسدية من أنه لا يجوز لواحد منهما أن يشترط زكاة الربح على صاحبه . خلافُ قوله في المدونة أنه يجوز أن يشترط ذلك واحدٌ على صاحبه . وقد مضى في آخر سماع أشهب من كتاب المساقاة وجهُ الاختلاف في ذلك إذا اشترط أحدُ المتساقيين على صاحبه زكاةَ الثمرة فأغنانا ذلك عن إعادته هنا . إذ لا فرق بين اشتراط أحد المتساقيين على صاحبه جميعَ زكاة الثمرة في المساقاة وبين أن يشترط أحد المتقارضين زكاةَ ربح المال على صاحبه في القراض .

وأما زكاة رأس المال فهو على صاحب المال لا يجوز له أن يشترطه على العامل باتفاق وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالك عن الرجل يأخذ من الرجل مائة دينار قراضاً ويقول له إن احتجتَ زدتك فيشتري العِكْمَ البَزّ بمائة دينار وعشرة دنانير ثم يأتي فيأخذ منه العشرة بعد اشترائه العكم . فقال ما أرى بذلك بأساً .

قال محمد بن رشد : وهذا بَيِّنٌ على ما قاله ، لأنه إشترى ذلك

العكم بالزيادة التي زاده على ما دفع إليه أولاً في صفقة واحدة ، ولو اشترى العكم البز بمائة دينار ثم أراد أن يشتري سلعة أخرى بزيادة يأخذها منه لم تجز إلا على أن يكون قراضاً على حدة لا يخلطها، ولو زاده زيادة بعد أن باع العكم الذي إشتراه أولاً بالمائة بربح أو وضيعة لَمَا جاز ذلك على أن تخلطه بالمال الأول ولا على ألّا يخلطه به إذا كان على خلاف الجزء الأول . واختلف إن كان زاده الزيادة على مثل الجزء الأول . فقيل إنّ ذلك لا يجوز أيضاً بحال . وهو قول إبن القاسم في المدونة . وقال غيره فيها إن ذلك جائز على ألّا يخلطه بالمال الأول وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

وَسُئِلَ مالك عن رجل أخذ من رجلين مالاً قراضاً فأراد أن يخلطه بغير اذنهما ، فقال يستأذنهما أحسنُ وأَحَبُّ إلي ، فإن لم يستأذنهم فلا أرى عليه سبيلاً قيل له فإنه استأذن أحدهما فأذن له ولم يأذن له الآخر فخلطهما قال يستغفر الله ولا يعد .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة سواء في المعنى في الرجل يأخذ مالاً قراضاً وله مال يتجر فيه أنّ له أنْ يخلطه فيتجر بهما جميعاً معاً والصوابُ ان يفعل ذلك(٣) تَحَرِّياً للعدل فيما بينه وبينه إن خشي إن قدم ماله وقع الرخص فيه وإن قدم مالَ الرجل أن يقع الرخص في الآخر ، فكذلك هذان المالان له أن يخلطهما بعد إذن صاحبيهما تَحَرّياً للعدل فيما بينهما ولما يرجو من استغزار الربح بخلطهما ، واستئذانهما أحسنُ إذ قد يكره كل واحد منهما ذلك لما يعتقد من أن ماله أَطْيَبُ من مال الآخر ، فإن خلطه بغير اختيار

(٣) كذا وقع في الأصل وفي نسخة ق ٣ ، ويظهر أن صواب العبارة : (ان لا يفعل ذلك تحرياً للعدل) بزيادة لا النافية .

صاحبيهما لم يلزمه في ذلك ضمانٌ إذْ لا ضرر في خلطتهما على واحد منهما ولا وجه من وجوه التضييع وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن القراض في نُقَر الذهب والفضة أيصح ؟ فقال : نعم في رأيي قد قارض الناسُ قبل أن يُضرب الذهب والفضة . قلتُ له ويرد نقراً مثلها ؟ قال : نعم . قلت له : ولا يصح أن يقارض من الذهب والفضة فيما كان مصوغاً ؟ فقال : ليس هكذا يقارض الناس ، يبيع ذلك الخلخال والسوار ويعطيه دنانير . قلت له ذلك أحب إليك ؟ قال : لا بل هو الشأن متى يأتي هذا المقارض بمثل هذا الخلخال وهذا السوار ويرد عليه مثله .

قال محمد بن رشد : مضى القول في القراض بالنقر من الذهب والفضـة في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته . ومضى فيه أيضاً ذكر الاختلاف في القراض بالحلي المصوغ . ولمالك في كتاب ابن المواز أن ذلك لا يجوز مثلُ قوله هنا ، وزاد أنه إن وقع القراض بالحلي المصوغ من الذهب أو الفضة فهو أجيرٌ في بيعه وعلى قراض مثله في الثمن ، وهو مفسر لقوله في هذه الرواية : لأن الصياغة كالعروض . وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن المقارض أيشربُ الدواء وَيَحْتَجِمُ ويدخل الحمام من القراض ، فقال : ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض إن قَلّم ظفراً أو أخذ من شَعره كان من القراض!!! ما كانت هذه الأشياء حين كان القراض وأما في الحَجَامة والحمام فأرجو أن يكون خفيفاً .

قال محمد بن رشد : قولُهُ ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض يريد أنه لم يكن يؤخذ عليها في الزمن الأول أعواض . والواجب أن يرجع في هذه الأشياء كلها إلى العرف والعادة في كل زمن وكل بلد ، فما لم تجر العادة أن يؤخذ عليه عوض من ذلك لم يصح له ان يعطي عليه عوضاً من القراض ، وما جرت العادة أن يؤخذ عليه عوض من ذلك وقدره يسير يتكرر جاز له أن يعطيه من مال القراض ، لأن رب المال قد علم بذلك ودخل عليه لتكرره ، بخلاف الدواء الذي إنما يؤخذ عند المرض فلا يصح له أن يعطيه من القراض إذ لم يدخل على ذلك رب المال معه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُهُ عن زكاة القراض فقال : زكاةُ رأس المال على رب المال ، وزكاة الربح من بينهما على قراضهما ، وذلك أن يكون رأس المال ألف دينار فيرفع فيها خمسة وعشرين ديناراً فيؤدي من الألِف رأسِ المال زكاتها خمسة وعشرين ديناراً على رب المال ، ثم يؤخذ من الخمسة وعشرين ديناراً زكاتُهُما ربع العشر ثم يقتسمان ما بقي بينهما على قراضهما .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذا أن ربح القراض يزكى كما يزكى رأس المال ، قيل إذا كان في رأس المال وحصة رب المال من الربح ما تجب فيه الزكاة وهو المشهور من مذهب إبن القاسم . وقيل إذا كان في جميع المال بربحه ما تجب فيه الزكاة وهو قول أشهب وروايته عن مالك ومذهب سحنون واختيار محمد بن المواز . وقيل إنه لا يجب على العامل في حظه من الربح زكاة حتى يكون ما تجب فيه الزكاة فرأسُ المال وحصةُ رب المال من الربح مزكاة على ملكه باتفاق ، لا يجب في ذلك زكاة إلاّ أن يكون حراً مسلماً لا دين عليه ويكون قد حال عليه الحول وفيه ما تجب فيه الزكاة وفيه مال سِوَاهُ إن كان له مال سواه قد حال عليه الحول ما تجب فيه الزكاة .

واختلف في زكاة حصة العامل من الربح . فقيل إنها مزكاة على ملك رب المال لا يراعى شروط وجوب الزكاة المذكورة إلّا فيه لّا في العامل . وقيل إنها مزكاة على ملك رب المال لا تراعى شروط وحوب الزكاة المذكورة إلّا فيه لا في رب المال . وقيل إنها مزكاة على ملكهما جميعاً ، فتراعى الشروط المذكورة فيهما جميعاً . ولم يجر إبن القاسم في ذلك على قياس ، لأنه راعى الإسلام والحرية وعدم الدَّيْنِ في كل واحد منهما . واضطرب قوله في النصاب والحول ، فله في النصاب ثلاثة أقوال . أحدها وهو المشهور من قوله أنه لا يجب على العامل في حظه الزكاة حتى يكون في رأس المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة . والثاني وهو قوله في رواية أصبغ عنه أنه لا تجب على العامل في حظه الزكاة حتى يكون في رأس مال رب المال وجميع الربح ما تجب فيه الزكاة . والثالث أنه لا يجب على العامل في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما تجب فيه ويكون أيضاً في حظه من الربح ما يجب فيه . وهذا القول تأوله محمد بن المواز على إبن القاسم ولا يوجد له نصاً . والثلاثةُ الأقوال كلها استحسان ليست بجارية على أصل ولا قياس ، إذ لم يَعْتَبِرْ في ذلك ملكَ أحدهما دون صاحبه على انفراد ولا ملكَهما كما فعل في الحرية والإسلام وعدم الدِّين إذْ اقتصر في النصاب على رأس المال وحصة رب المال من الربح دون أن يضيف إلى ذلك ما لرب المال من مال غير مال القراض ، وعلى حصة العامل من الربح دون أنْ يضيف إلى ذلك أيضاً ماله من مال حالَ عليه الحولُ فيتِم به النصاب ، وله في الحول قولان أحدهما أن العامل لا تجب عليه في حظه من الربح الزكاةُ حتى يقيم المال بيده حولاً من يوم أخذه وإن لم يعمل به إلّا قبل أن يحول عليه الحولُ بيسير . قاله في الزكاة في المدونة ، وله في القراض منها دليل على أن الزكاة تجب عليه في حظه من الربح وإن لم يَقُم المال بيده حولاً إذا كان في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة وحال عليه الحول ، وإلى هذا ذهب ابن المواز وعليه حَمَلَ قولَ مالك ، وهوُ الأَقْيَسُ ألّا يُرَاعى في حقه

الحول كما لا يُرَاعَى فيه النصاب . والقولُ الأوّلُ هو أجرى على أصله وأظهر من مذهبه ، وقد فرغنا من تحصيل القول في هذه المسألة في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق .

ومن كتاب الزكـاة

قال وسئل مالكٌ عن الرجل يدفع إلى الرجل مالاً قراضاً ويشترط عليه أن زكاة الربح في حصتك من الربح . فقال ليست فيه خير حتى تكون الزكاة على المال كله ثم قيل له بعد ذلك إنما اشترط عليه أن زكاة ربح المال عليه في حصته ، فقال : لا خير فيه وليس هذا بحسن . قال أشهب لا أرى بذلك بأساً لأنه جزء من الربح .

قال محمد بن رشد : قولُ أشهب هذا على ما في المدونة من قول إبن القاسم وروايته عن مالك وفي كتاب ابن المواز وغيره من رواية ابن القاسم وغيره خلافُ روايته هذه عن مالك ، وخلافُ ما في أصل الأسدية . وقد تقدم ذلك في أول السماع وبالله التوفيق .

مسألـة

قال وسئل مالك عمن دفع إليه تسعة عشر ديناراً قراضاً فربح فيها ديناراً أترى عليه الزكاة ؟ . قال : نعم عليهما الزكاة ، وإنما ذلك كهيئة أن يدفع إليه تسعة وثلاثين ديناراً قراضاً يربح فيها ديناراً فتصير أربعين ديناراً ، فزكاتها دينارٌ يزكى كل واحد منهما ماله .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك هذا في رواية أشهب عنه إنه يزكي التسعة عشر ديناراً إذا ربح المقارض فيها ديناراً وحال عليها هو مثلُ قول أشهب وابن القاسم واصبغ في سماع أصبغ خلافُ قول ابن القاسم في سماع سحنون

بعد هذا وخلاف ما في المدونة من أنه لا تجب على العامل في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما يجب فيه الزكاة . وقد مضى تحصيلُ القولِ في هذه المسألة في الرسم الذي قبل هذا وبالله التوفيق .

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى وسئل ابنُ القاسم عن رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً على أن يدفعه إلى رجل آخر سماه قراضاً ويكون على الآخر الضمان . قال ابنُ القاسم يُرَدّانِ إلى قراض مثلهما ، وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان ، فإنه يرد إلى قراض مثله ، وليس على الآخر من الضمان شيء .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة عندي أنه أخذ منه المال قراضاً بالضمان على أن يدفعه قراضاً إلى رجل سمى إن شاء ، فصار كأنه دفع إليه قراضاً على أن يكون له ضامناً وأذن له أن يقارض به رجلاً سماه ، فوجب أن يكون حكمه حكم القراض بالضمان يُرَدُّ فيه إلى قراض مثله إذا فات بالعمل وعمل هو به أو دفعه إلى الرجل المسمى ، وإن لم يعمل هو به ودفعه إلى الرجل المسمى قراضاً فللرجل المسمى الجزءُ الذي اشترطه إذ لا فساد فيما بينه وبينه ولمالك في كتاب ابن المواز أنَ للعامل في القراض على الضمان الأقل من قراض مثله أو المسمى . وهذا على الاختلاف في البيع والسلف إذا وقع وفات هل تكون فيه القيمة بالغةً ما بلغت أو الأقلُّ من القيمة أو الثمن إذا كان المبتاع هو الذي أسلف ، فإن كان في مسألتنا هذه قد أخذ القراض على النصف بالضمان فدفعه إلى الرجل المسمى على النصف أيضاً

فرد إلى قراض مثله على ألّا ضمان عليه وهو الثلث ، كان السدس الفاضل من الربح لرب المال لأنه أحق بالربح بمنزلة إذا أخذه على أن يكون له الثلث ودفعه إلى غيره على النصف ، ولو كان قراض مثله الثلثين فرد إليه على القول بأنه يرد إلى قراض مثله بَالغاً مَا بلغ لكان رب المال أحقّ بثلثي الربح ويرجع المقارِضَ الثاني على المقارَض الأول بمثل سدس الربح لاستحقاق رب المال ذلك من يديه. فمعنى قوله على ما حملنا عليه المسألة، وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان ، أي وهو بمنزلة ما لو دفعه إليه نفسه على الضمان ولم يتل له شيئاً ووقع(٤) في بعض الكتب على الآخر على الآخذ بالذال ، في الموضعين جميعاً بالذال ، وفي بعضها على الآخر بالرّاءِ في الموضعين جميعاً وفي بعضها في الأول بالذال وفي الثاني بالراء ، وفي بعضها بعكس ذلك من غير تقييد رواية بشيء من ذلك يلزم الرجوع إليه . والصوابُ ما حملنا عليه المسألة أن يقرأ الأول بالذال والثاني بالراء ، ولو كان إنما دفع إليه المال قراضاً على أنه ضامن له بشرط ألّا يعمل هو به وأن يدفعه إلى الرجل المسمى قراضاً لوجب أن يكون الثاني عَلَى قِرَاضه ، ويكون للاول أجرة مثله في دفعه المال إلى الثاني إن كان ذلك شيء له أجرة . وقد مضى بيان هذا في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم . وقد تأول بعض أهل النظر المسألة على أن المعنى فيها أَنّهُ دَفَعَ إليه المال قراضاً على أن يدفعه إلى رجل سماه قراضاً ويشترط عليه الضمان ، فعلى هذا يُرَدُّ الثاني إلى قراض مثله ، فعلى هذا يكون الأول من اللفظين على الآخر بالراء والثاني على الآخذ بالذال . وقد اختلف في القراض الفاسد إذا لم يعثر عليه حتى فات بالعمل على أربعة أقوال . أحدها أنه يرد فيه كله إلى إجارة مثله ، وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة وإليه ذهب الشافعي وأبو حنيفة ، والثاني أنه يرد فيه كله إلى قراض المثل وهو قول أشهب وقول ابن الماجشون وروايته عن مالك . والثالث

---

(٤) بياض بالأصل ، والاصلاح من نسخة ق ٣ .

أنه يرد إلى قراض مثله إلاّ أن يكون قراضُ مثله أكثرَ من المسمى فلا يزاد على المسمى إذا كان الفساد بما اشترطه رب المال على العامل أو أقلّ من المسمى فلا ينقص من المسمى إذا كان الفساد بما اشترطه العامل على رب المال ، وهو يأتي على مَا حَكَاهُ ابنُ المواز . عن مالك في القراض بالضمان أن له الأقل من قراض مثله أو المسمى . **والرابع** أنه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحدُ المتقارضين على صاحبه في المال ليست بخارجة عنه ولا منفصلة منه ولا خالصة لمشترطها ، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه خارجة عن القراض ومنفصلة عنه وخالصة لمشترطها وفي كل غرر وحرام خرجا به عن سُنّةِ القراض . وهو مذهب ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك وقول مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ، وإياه اختار ابنُ حبيب ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب استأذن سيده

وسئل ابنُ القاسم عن رجل من أهل القُلْزُم قَارَضَ رجلاً بمال فسار المقارَض بالمال إلى الحجاز فاشترى به تمراً واكترى مَرْكَباً بأحَدٍ وعشرين ديناراً ، فلما قدم القلزم قال صاحب المركب : لمن هذا التمر ؟ قيل له لفلان صاحب المال ، فقال والله ما كنت لآخُذَ منه شيئاً قد أولاني من نفسه خيراً وَعَارِفَةً . فأراد صاحب المال أن يكون له الأحدُ وعشرون وحده ، قال : إن لم يكن علم صاحب المركب أن المال كان قراضاً فالأحدُ وعشرون لصاحب المال ، وإن كان علم أن المال قراض وقال والله ما تركتها إلاّ له وحده كان القول قوله في ذلك أيضاً ، وإن قال قد علمتُ أنها قراض فتركتها على وجه المكَافَأة ولم أذكر له وحده كانت بينهما على قراضهما .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إنه إذا لم يعلم صاحب المركب أن المال قراض فالأحدُ والعشرون ديناراً لصاحب المال ، لأنه لم يرد بعطيته سواه وأما إذا علم أنّ المال قراض فالعطية بينهما على قراضهما ، لأنه لما ترك كراء مركبه ووهبه وهو يعلم أنه قراض حصل التمرُ محمولاً بغير كراء ، فحصلت العطية لهما إلاّ أن يقول صاحبُ المركب ، إنما أردت أن يختص صاحب المال بجميع الكراء إذ قد كان وجب لي ، فيكون ذلك له وبالله التوفيق .

ومن كتاب العارية

وقال في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً عشرةَ دنانير تنقص خروبة فاشترى به سلعة فباعها بعشرة دنانير قائمة فأراد الذي له الدنانير أن يأخذها ويعطيه قيمة ربحه ورقاً أو تبراً أو يأخذها ويعطيه قدر ما ينوبه دنانير . قال ابن القاسم : لا يَصْلُحُ ذلك من قبل الذهب بالذهب متفاضلاً .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال إنه لا يجوز لرب المال أن يأخذ الدنانير القائمة ويعطيه قدر ربحه منها تِبْراً ذهباً أو دنانير ، لأن ربحه لم يتعين في الدنانير القائمة التي باع بها السلعة ولا حصل شريكاً مع رب المال فيها بقدر ربحه ، إذ لا يجوز له الربح إلاّ بعد أن ينض رأس المال لصاحبه دنانير ناقصة خروبة على ما دفعه إليه ، وذلك لا يَكون إلاّ بعد بيع الدنانير القائمة بدراهم وبيع الدراهم بدنانير ناقصة خروبة كما دفعها إليها هو ، وهو الآن لا يدري إذا فعل ذلك كم ينض له من الربح أو هل يكون له ربح أم لا ، إذ لعله سيستلف من الدنانير أو الدراهيم شيئاً في حال تصريفه إياها فدخل ذلك الغررُ مع ما ذكره ابنُ القاسم في الرواية من بيع الذهب بالذهب متفاضلاً ، ولم يجب ابنُ القاسم في الرواية إذا أعطاه قيمة ربحه وَرِقاً . ويظهر

من تعليله في الذهب أنه يدخله الذهبُ بالذهب متفاضلاً أن ذلك يجوز في الورق ، ولا يجوز ذلك على بيناه ، لأنه يبقى فيه علةُ الغرر حسبما وصفناه . ولو كان باع السلعة بدنانير من صفة الدنانير التي دفع إليه في رأس مال القراض أكثرَ من الدنانير التي دفع إليه فوجب له ربحه فيها بعض دينار لجاز أن يعطيه في حظه منه تِبْراً ذهباً مراطلة بأن يَزِنَ جميع المثقال فيعطيه قدر الجزء الذي له فيه تِبْراً ذهباً أو مثقالاً صغيراً بوزنه إذ لا ينقسم المثقال على ما قالوا في الحلى من الذهب يكون بين الشريكين إنه يجوز أن يزناه فيعطي أحدُهما صاحبَه وزنَ حظه ذهباً . ولا اختلاف في هذا ، بخلاف النُّقْرَةِ تكون بين الشريكين فأجاز ذلك ابنُ القاسم فيها ورواه عن مالك لما في قسمتها من المؤنة ، ولم يجز ذلك مالكٌ في رواية أشهب عنه ، إذ لا مضرة في قسمتها بخلاف الحلى .

وأما بيع نصيبه من شريكه بدنانير إن كانت فضة أو بدراهم إن كانت ذهباً فلا اختلاف في جوازه. وقد عارض الفضلُ قولَ ابن القاسم في هذه المسألة بقول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم أنه لا بأس أن يأخذ المقارض من شريكه ربحاً ذهباً من غير الذهب التي هي بينهما . وليست بِمُعَارَضَةٍ صحيحة لما بيناه من أن الربح في هذه المسألة لم يتعين بعد للمقارضة في الدنانير القائمة . وقد مضى القولُ على مسألة سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله يوصي لمكاتبه بوضع نَجْمٍ من نُجُومِهِ

قال : وقال مالك في رجل يقارض الرجل بمائة دينار فيذهب فيشتري بها قَمْحاً فيأتيه رب المال فيقول إني احتجت إلى قمح لعيالي فقاسمني هذا أعطني نصفه واحبس نصفه فتبيعه وَلَكَ ربحه خالصاً ، قال مالك : لا خير فيه ، قلت لابن القاسمِ : لِمَ ؟ قال لِمُخَاطرة الربح

لعله لا يخرج إلّا رأس ماله أو لعله ينقص أو لعله لا يربح إلّا درهماً فقد خاطره بما لا يعلم .

قال محمد بن رشد : قد بين ابن القاسمُ معنى قول مالك وفسره . وهو تفسير صحيح يَدُلُّ على صحته تعليلُنا لقوله في المسألة التي قبل هذه ، قال ابنُ حبيب في الواضحة إلّا أن يكون باعه ذلك بيعاً بنصف رأس ماله الباقي فيكون ضمانه بعدُ من العامل فلا بأس به . وكذلك فسره[٥] وقال ابن القاسم : ومعنى ذلك إذا باعه منه بنقد أو إلى أجل بأقل من ثمنه نقداً على ما مضى في رسم تأخير صلاة العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم وعلى ما يأتي أيضاً في رسم القطعان من هذا السماع وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

وقال ابنُ القاسم في رجل أخذ من رجل مَالاً قراضاً فاشترى متاعاً وخرج إلى طرابلس ، فقام عليه بطرابلس غرماء لصاحب المال . قال : فَرَّقَ مَالِكٌ بين أن يقوم عليه غرماءُ صاحب المال وغرماءُ العامل ، فقال إذا قام به غرماء صاحب المال بيع فأعطى العامل من ذلك حصته ، وكان ما بقي لغرماء صاحب المال وإذا قام على العامل غرماؤه فأرادوا أن يباع فيأخذوا ربحه لأن فيه فضلاً لم يُبَع حتى يحضر صاحب المال .

قال محمد بن رشد : قوله إنه إذا قام على العامل غرماء صاحب المال بيع فأعطى العامل من ذلك حصته وكان ما بقي لغرماء صاحب المال معناه إذا كان لبيعه وجه لا ضرر فيه على العامل، فإن كان عليه فيه ضرر لربح

---

(٥) بياض في الأصل لم يتضح في غيره .

يرتجيه في أسواقه لم يُبَعْ عليه حتى تأتي أسواقُهُ . وكذلك في تفسير ابن مزين وكتاب ابن المواز عن مالك أنه لا تباع إلاّ أن يُرى لذلك وجه ومصلحة . وهو معنى ما في المدونة . وأما إذا قام على العامل غرماؤه فلا إشكال في أنه لا يباع المال عليه حتى يحضر صاحبُه لأنه لا ربح له في المال حتى يرجع إلى رب المال رأس ماله . وقد تكررت هذه المسألة والكلام عليها في رسم البيوع من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس ، وفيها زيادة من قول أصبغ مشكلة قد مَضَى الكلامُ عليها هناك ، وإنما لم تُبَعْ عروض القراض لغرماء العامل إذا قاموا عليه وصاحب المال غائب وإن كان فيها فضل بين لِمَا على صاحب المال من الضرر في أن يُفَاصَلَ عليه في القراض فيوقَفُ مالُه على يدي من لم يرض بأمانته ولو كان صاحب المال حاضراً لَبِيعَتْ على العامل العروض لغرمائه فأخذوا حظه من الربح في الموضع الذي لو سأل صاحبُ المال أن تباع ، فيأخذ رأس ماله كان ذلك له ، واللّه الموفق .

ومن كتاب أوله بع ولا نقصان عليك

وعن رجل أخذ مالاً قراضاً فاشترى به ظَهْراً فأكراه فنما المال أو نقص . قال أراه متعدياً وأراه ضامناً .

قال محمد بن رشد : قولُه إنه لا يجوز لمن أخذ مالاً قراضاً أن يشتري به ظهراً فيكريه خلافُ مذهبه في المدونة ، لأنه أجاز فيها من أخذ مالاً قراضاً أن يشتري به أرضاً أو يكريها ويشتري به زريعة وأزْواجاً فيزرع لأنها تجارةٌ من التجارات . قال إلاّ أن يكون خاطراً لذلك لظلم العمال إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى ، بل شِرَاء الظهر للكراء أَدْخَلُ في باب التجارة من أن يزرع به ، فإذا لم يُجِزْ للمقارَض أن يشتري بمال القراض ظهرا للكراء كان أحرى ألاّ يُجيزَ له أن يشتري به أرضاً أو يكتريها فيزرع فيها به ، إذ ليس ذلك مما ينطلق عليه اسم التجارة بإِطْلاَقِهِ ، وإذا أجاز له أن يشتري أرضاً أو يكتريها ويزرعها بمال القراض فأحرى أن يُجيز له أن يشتري به ظهراً للكراء .

فَحَمَلَ القراضَ في هذه الرواية على التجارة المعروفة العامة . وحَمَلَها في المدونة على كل ما هو تجارة وإن لم يكن ذلك من عَامّ التجارة إلاّ أن يأخذ القراض على أن يَزْرَعَ به فلا يجوز ويكون أجيراً إن وقع . قاله في المدونة وقد قيل إنه يجوز أن يأخذه بشرط أن يزرع به ، وقع ذلك في كتاب ابن شعبان واختلف إذا شرط أن يزرع ، فأجيز ، وكره ، وكذلك الكراء سواء . فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال . أحدها أن ذلك لا يجوز بحال . وهو قوله في هذه الرواية . والثاني أنه يجوز بكل حال وهو أحد القولين في كتاب ابن شعبان والثالث الفرق بين أن يشترط ذلك عليه أو لا يشترط ، فإن اشترط عليه أن يزرع به لم يجز ، وإن زرع به من غير شرط واشترى به ظهراً للكراء جاز ، ولم يكن عليه ضمان . وهو قوله في المدونة والله الموفق .

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب

وقال مالك في مال القراض يقيم في يدي العامل سنين من قبل أن يتفاصلا ، قال : يزكي رأس ماله وربحه مرة واحدة إلاّ أن يكون كان يُدَارُ فيزكي للسنين الماضية . قال ابن القاسم وكذلك العامل بالقراض بمنزلةٍ سوا في نصيبه إذا كان يدار . قلت أرأيت إن كان رب المال مديراً والعامل غير مدير . قال يزكي أيضاً لكل سنة مضت ، وإن كان رب المال غير مدير والعامل مديراً فإنه يزكيه أيضاً لكل سنة مضت .

قال محمد بن رشد : قوله في مال القراض يقيم في يد العامل سنين من قبل أن يتفاصلا إنه يزكي رأس ماله وربحه مرة واحدة إلا أن يكون كان مديراً فيزكي للسنين الماضية . يدل على أن الحكم عنده في مال القراض لا يزكي إلاّ عند المفاصلة وإن أقام بيد العامل أعواماً على ما في رسم أبي زيد وفي القراض من المدونة ، فإن كان لا يُدَارُ زكاهُ زكاةً واحدة حين البيع والانفصال ، وإن كان يدار زَكَّاهُ لكل سنة مضت قبلُ على قيمة ما كانَ بيده كل

سنة زاد أو نقص . وقيل إنه إذا نقص لم يزكه للأعوام الماضية إلّا على ما رجع إليه من النقصان . وقولُه وكذلك العامل في القراض بمنزلةٍ سواءٍ في نصيبه إذا كان يدار ، يريد إذا كان القراض يدار فيزكي جميعه بربحه كله لكل سنة مضت منه ، فتكون الزكاة قد حصلت على العامل في حظه من الربح كما حصلت على رب المال في رأس ماله وحظه من الربح .

وأما قولُه إذا كان رب المال مديراً والعامل غيرَ مدير فإنه يزكي لكل سنة مضت . فالمعنى في ذلك إذا كان المال غائباً عنه أو حاضراً معه فَغَفَلَ عَن تقويمه مع ما يدير من ماله ، لأن الحكم في ذلك إذا كان حاضراً معه أن يقومه في كل سنة ويزكيه مع ما يدير من ماله ، قال ابنُ حبيب : بجميع ربحه وقال ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الزكاة : بل بحصته خاصة من الربح ويخرج الزكاة عن قولهما جميعاً من ماله لا من مال القراض .

وقولُه وإن كان رب المال غير مدير والعامل مدير فإنه يزكيه أيضاً لكل سنة مضت يريد من مال القراض لا من مال نفسه ، لأن العامل إذا كان مديراً فسواء كان رب المال مديراً تخرج الزكاة منه عند المفاصلة لما مضى من الأعوام ، فيقع على العامل منها بقدر حصته من الربح ، فإنما يستوي أن يكون المدير هو العامل أو رب المال في وجوب إخراج الزكاة عن الأعوام المتقدمة إن كانت لم تخرج منه الزكاة في كل عام عند حلوله ويفترق في حكم إخراجها على ما بيناه وذكرناه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابن القاسم عن رجل أخذ من رجل عشرة دنانير أو خمسة قراضاً فاشترى بها أربعين من الغنم فحال عليها الحولُ عنده إن فيها شاة وإنَّها على صاحب المال ، قلت فإن باعها بعد ذلك بعشرين ديناراً ؟ قال : تقوم الشاة كم قيمتها من الثمن الذي ابتاع به الغنَم فإن كان ديناراً وكان رأسُ المال خمسةً رد إليه أربعة في رأس ماله واقتسما ما بقي .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في المدونة في هذه المسألة بعينها وإن كانت هذه أَفْسَرَ وأبينَ منها ، وكذلك قال في المدونة في زكاة الفطرة عن عبيد القراضِ إنها على رب المال ، يريد أنها تحسب عليه من رأس ماله كزكاة الغنم . ووقع في بعض الكتب في زكاة الفطرة عن عبيد القراض أنها على رب المال وليس من مال القراض ، وهو قريب من الأول . لأنها إذا عُدَّتْ من رأس ماله فقد أخِذت من ماله. وأشهب يقول في زكاة الفطر عن عبيد القراض إنها كزكاة مال القراض يكون على العامل منها بقدر مَالَهُ فيهم من الربح إن بيعُوا بربح . وقال ابن حبيب في مسألة الغنم هذه إنَّها مجتمع عليها من رواية المَدنيين والمصريين ، لأن الذي يؤخذ منها هو نقصان منها ، فهو كشيء استحق من رأس المال وزكاة الفطرة ليست في رقاب الرقيق ولا نقصاناً من عددهم ، وإنما أجعل أنا فطرتهم كنفقتهم من جملة مال القراض يجبر من الربح ويكون رأس المال بحاله وهو الذي قال ابن حبيب ليس بِبَيِّنٍ لا فرق في القياس بين المسألتين . وقد ساوى عبد الله بن عبد الحكم بينهما فقال إنهما كالنفقة تجبر من الربح ويكون رأس المال على حاله . وهو الأظهر لأن العامل أدخل ذلك على رب المال إذا اشترى بماله عبيداً أو دواب ينفق عليهم ولم يشتر سلعاً لا ينفق عليهم(٥م) .

ويتحصل في هاتين المسألتين أربعة أقوال **أحدها** أنهما جميعاً ملغاة كالنفقة ، وهو قول عبد الله بن الحكم **والثاني** أنهما يُؤْخَذَانِ من مال القراض ويجب على رب المال في رأس ماله ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية ومذهب مالك في المدونة واختيار ابن حبيب . **والثالث** أنهما يؤخذان من رب المال لا من مال القراض بمنزلة زكاة مال القراض إذا كان رب المال مُديراً والعاملُ غيرَ مدير وهو الذي وقع في بعض روايات المدونة من قوله في زكاة الفطرة عن عبيد القراض أنهما على رب المال في ماله وليس من مال

(٥م) كذا بالأصل .

القراض. والرابع الفرق الذي ذهب إليه ابنُ حبيب بين المسألتين والله الموفق.

ومن كتاب التفسير

قال ابن القاسم في المال الذي يحمل الكسوة والطعام إذا كان قليلاً ويخرج إلى مثل الأرض ودمياط ونحوها في اليمن والصوف والجزر وما خَرَجَ له فإنه يَأْكُلُ منه ولا يكتسي ، وإذا كان قليلاً وأراد مكاناً بعيداً فلا كسوة فيه ولا طعام وإذا كان المال كثيراً وكان السفر قريباً مثل دمياط ونحوها ففيه طعام وليس فيه كسوة إلّا أن يكون يريد مقاماً مثل أن يشتري الحبوب وغيرها فيقيم الشهرين والثلاثة فإن ذلك سفر وإن قرب المكان ، قال وإنما ينظر إلى المال ونحوه بقدر السفر والحاجة إليه ينظر إلى المكان الذي يريد إليه وإلى النفقة فيكون ذلك على ما يَرَى ولم يحد لنا فيه حدا .

قال محمد بن رشد : أَوْجَبَ ابنُ القاسم في هذه الرواية النفقة للمقارَض في المال القليل إذا كان السفر قريباً ، وذلك خلافُ ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة من أنه لا نفقة للعامل في المال القليل ولا ركوب ولا كسوة ، وإن كان السفر قريباً ولم يحد في هذه الرواية ولا في الواضحة قَدْرَ قليل المال من كثيره ولا قدر قريب السفر من بعيده ، والقليلُ من المال يختلف فيكون بعضه أقل من بعض ، وكذلك القريب من السفر يختلف فيكون بعضه أقرب من بعض ، فإنما في ذلك الاجتهاد كما قال في الرواية بأن ينظر إلى المال ونحوه وإلى قدر السفر ونحوه ، فإن كان يحمل النفقة ذلك المال على قلته في ذلك السفر على قربه كانت النفقة فيه . وإلّا فلا ، وقد روى أشهب عن مالك فيمن دُفِعَ إليه خمسون ديناراً قراضاً فشخص فيها أيكون له فيها نفقة ؟ فقال : نعم ، وما أقل ما تحمل هذه من النفقة إلاَّ إنْ شخص إلى المكان القريب وفي هذا بيان ما يعتبر به وبالله التوفيق .

مسألـــة

وإذا دفع الرجل إلى الرجل وإلى عبده مالاً قراضاً ، فإن كان إنما يَجْعَلُ العبدَ ليكون على الآخر عينا وليحفظ عليه أو لِيُعْلِمَه فلا خير فيه وإن كانا أَمِينَيْنِ تاجرين ، وإن كان العبدُ أدنى عملاً من الآخر فلا بأس به إذا لم يكن ما ذكرت .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إذا كانا آمينين تاجرين فذلك جائز وإن كان الرجلُ أبصرَ بالتجارة من العبد لأن الرجل يجوز أن يدفع إلى عبده مالاً قراضاً على ما قاله في المدونة وغيرها ، فإذا جاز ذلك جاز أن يدفعه إليه وإلى غيره على أن يشتركا في العمل به وإن كان أحدهما أبصرَ بالتجارة من صاحبه لأن الشركة جائزة في التجارة بين الرجلين وإن كان أحدُهما أقعد بها من الآخر وفي الصناعة وإن كان أحدهما أصنعَ من الآخر ، إذ لا بد أن يكون التجار بعضهم أتجر من بعض والصناع بعضهم أصنع من بعض ، وأما إن كان العبد غير بصير بالتجارة فدفع إليهما القراض ليعلمه التجارة أو كان الرجل غير أمين فدفع إليهما المال ليكون العبد عليه عيناً في حفظه لا يجوز ذلك ، فإن وقع الأمر على هذا ولم يعثر عليه حتى فات بالعمل رُدَّ الرجلُ في عمله إلى إجارة مثله ، وذلك إذا قامت البينة أن عملهما كان على هذا الوجه أو تَقَارًا بذلك صاحب المال والرجل طلباً للحلال ، وأما إذا اختلفا في ذلك فادعى أحدهما الإفصاح بأحد الشرطين وأنكره الآخر فالقولُ قول من ادعى الصحة منهما إلاّ أن يكون مدعى الفساد هو الذي يشبه قولُه بما يعلم من صفة حال العبد والرجل فيكون القول قوله ، وأما إن قال السيدُ كانت تلك نيتي ومقصدي وإرادتي ، وقال الرجل لم أعلم بذلك من مقصدك ، وإرادتك ، ولو علمت لَمَا دخلت معك فيه لَوَجب أن ينظر فإن كانت إجارة مثله أكثرَ من حصته من الربح وفاه ذلك ، لأنه مقر له به ، وإن كانت مثلها أو أقل لم يكن عليه شيء وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله إن خرجت من هذه الدار

وسئل ابن القاسم عن رجل قارض رجلين معاً صفقة واحدة فخرجا إلى بلد فمات أحدُهما فاشترى الآخر بجميع المال ، فإن صاحب المال بالخيار إن شاء كان على قراضه ، وإن شاء ضَمَّنَهُ لأنه لم يكن له أن يشتري شيئاً إلا بإذن صاحبه حين مات شريكه في القراض فلما اشترى كان متعدياً ، قلت فإن كان اشترى قبل أن يموت ببعض المال أو اشتريا بالمال كله كيف الأمر فيه ؟ أوْ هل لورثة الميت من الميت من الربح شيء فيما اشترى شريك صاحبهم بعد موته أو قبل موته ؟ قال إن اشترى بالمال كله قبل موته فهما على قراضهما وقد تم القراض بينهما ويقوم ورثةُ الميت معه في بيع المال أو يقوموا أميناً يقوم فيه ، وإن كانا اشتريا ببعض وبقي بعض فورثة الميت شركاء فيما اشترى قبل موت صاحبهم يقومون معه ، وما اشترى بعد موت صاحبه فهو على ما فسرت لك ، صاحبه بالخيار إن شاء كان على قراضه فيما اشترى بعد موت صاحبه ، وإن شاء ضمنه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها ، وقولُه إذا اشتريا بالمال كله قبل موته إنّ القراض قد تم بينهما معْناه قد لزم ، إذ لا يتم القراض إلّا بنضوض المال ، وقوله ويقوم ورثة الميت معه في بيع المال . معناه إن كانوْا أمناءَ وهم محمولون على غير الأمانة حتى يعلم أنهم أمناء بخلاف ورثة المساقَي إذا مات قبل تمام عمل المساقي وهم محمولون على الأمانة حتى يعلم أنهم غير أمناء ، فإن لم يكن ورثة الميت من المُقَارَضَيْنِ في مسألتنا أمناء ولا أتوا بأمين إنسَلَخُوا من القراض ، ولم يكن لهم فيما تقدم من عمل موروثهم فيه شيء . وإن كان في المال ربحٌ لم يكن لهم

فيه حق ، قاله في المدونة وغيرها وهو صحيح ، لأنهم قد مُكِّنُوا من الوصول إلى حق موروثهم فيما عمل لِيلاً يخسروه فتركوه ، لأنهم نُزِّلُوا بمنزلته في ذلك ولم يَنْزِلُوا بمنزلته في إلزامهم العمل في ماله إلى أن ينض المال ، لأن العمل إنما كان متعيناً في عينه لا في ذمته ، وفارق في ذلك حكم الأجير يُسْتَأْجَرُ على عمل الشيء فيموت قبل تمامه أنه ليس للورثة أن يكملوا العمل ويستحقوا الأجرة من أجل أنه يجب له حقه فيما مضى من عمله . وهذا كله ما لا خلاف فيه .

وقد ذهب اللخمي في التبصرة له إلى أنه إن كان في المال ربح يوم مات المقارَض فترك الورثةُ العملَ فيه لم يبطل حقهم فيما عمل موروثهم ، على قولهم في الذي يجعل له الجعل على حفر البير فيترك العمل باختياره قبل أن يتم حفرها إنّ الجاعلَ إنْ استأجر على تمام حفر البير أو جَاعَلَ أحداً على ذلك كان للأول بقدر ما انتفع به من عمله على الاختلاف فيما يكون له من ذلك أنْ كانت قيمـةُ عمله يوم عمله ، أو يوم انتفع به صاحب البير ، أو قدر ما انحط عنه من الجعل عليها أو الإستيجار بسبب ما تقدم فيها من عمله. قال لأنه إذا لم يبطل حق المجعول له فيها بتركه العمل باختياره فأحرى ألَّا يبطل حق المقارَض فيما عمل بموته ، لأن من حِيلَ بينه وبين التمام أَعْذَرُ في ألّا يبطل عمله . وليس ذلك بصحيح . والفرق بين المسألتين بَيِّنٌ وهو أن القراض يلزم المتقارضين بعمل العامل فإذا اشترى بالمال لزمه البيع والتقاضي ، وإذا لزمه ذلك كان من حق صاحب المال أن يقول له إما أن تبيع وتقتضي . وإما أن تنسلخ من القراض وتترك حقك فيما عملت ! ، والمجعول له على حفر البير لا يلزمه بالشروع في حفرها تمامُها إذ من حكم الجُعل ألَّا يلزم المجعولَ له التمادي على العمل ، وإذا لم يلزمه ذلك كان من حقه أن يترك تمام حفرها ويكون على حقه فيما حفر منها إن انتفع بذلك صاحبُها ، ولو مات المجعول له قبل تمام حفر البير نزل ورثته بمنزلته وكان من حقهم أن يتموا حفرها ويستوجبوا الجعل أو يتركوا حفرها ويكونوا على حقهم فيما حفر موروثهم منها أن انتفع

بذلك صاحبُها ، فليس حكمُ الجعل حكمَ القراض ، بل لكل واحد منهما حكم على حياله ، لأن القراض لا يلزم المتقارضين بالعقد ويلزمهما جميعاً بالعمل والجعل لا يلزم المجعول له بحال .

واختلف في الجاعل فقيل إنه يلزمه بالعقد . وقيل لا يلزمه إلا بشروع المجعول له في العمل،والجُعل لا يكون إلاّ معلوماً،بخلاف القراض الذي إنما يعمل فيه المقارَض على أجر غير معلوم ، وهو الجزء الذي يشترطه من الربح وإنما يستويان في أن المقارَض لا يجب له الربح إلا بعد تمام العمل بتنضِيض المال كما أن الجعل لا يجب للمجعول له إلاّ بتمام العمل ، فلا يصح قياسُ أحدهما على الآخر في جميع الوجوه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال ابن القاسم ولو أن رجلاً قارض رجلاً بمائة دينار فاشترى سلعة بمائة دينار فَلَمْ يكن معه المائة الدينار فاستسلف مائة دينار من صاحب المائة أو من رجل أجنبي على أن يَقضيه المائة التي في البيت التي أخذ قراضاً فباع تلك السلعة قبل أن يقضي صاحبَ المائة مائته بربح واشترى بعد ذلك بالمائة التي في البيت سلعة فباعها بنقصان وباع السلعة التي اشترى بالمائة السلف بربح هل يُجبر نقصانُ هذه بربح هذه ؟ قال : إذا كان اشتراؤه إياها على المائة القراض فالربح بينهما على ما تقارضا ونقصانُ المائة القراض يُجْبَرُ بربح المائة السلف .

قال محمدبن رشد : هذا بين على ما قاله ، ولو اشترى السلعة الثانية بالمائة التي في البيت قبل بيع السلعة الأولى لكان نقصان الثانية منه إن بيعت بنقصان ، لأنه متعد إذَا اشترى بها ، ومسلفُ المائة أحقُّ بها ، بخلاف ما لو اشترى السلعة الثانية بعد أن باع الأولى لأن في يديه مائتين مائة القراض

يؤديها في ثمن هذه السلعة ومائة أخذها في السلعة الأولى يؤديها في السلف . وقد مضى هذا المعنى في رسم القبلة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وسئل ابنُ القاسم عن رجل دفع إلى رجل مائة دينار وجعل الآخر خمسين على أن يشخص صاحب الخمسين ويكون الفضل بينهما على النصف ، فضرب بالمال ثم قدم ، فلما قدم سأله صاحب المائة عن ماله فقال لم تَعطني شيئاً، فَجَحَدَهُ حينا ثم قال بعد ذلك : تلف مني . قال ابنُ القاسم : دفع ناسٌ من أهل المدينة إلى رجل كان(٦) إلى الجارِ مَالاً يسلفه إلى الجار ويدفعه إلى أقوام سموا له فخرج بالمال ثم رجع إليهم فسألوه عمّا صنع في المال أو قدم الذين سير اليهم المال فأخبروا انه لم يدفع اليهم شيئاً فسألوه عن المال فَجَحَدَهُ وقال لم تبعثوا معي بمال ولم تدفعوا إلي شيئاً ، فأقاموا عليه البينة بدفع ذلك إليه فلما شهدت عليه البينة قال ضاع مني فاختصموا عند ذلك . فرأى مالك أن يحلف بالله الذي لا إله إلاّ هو أنه ضاع ثم يبرأ ولا شيء عليه . فأرى مسألتك مثلها يحلف صاحبُك بالله الذي لا إله إلا هو أن ضاع ولا شيء عليه ، قال عيسى إذا جحد حتى قامت عليه البينة ثم زعم أنه ضاع منه لم يصدق وغرم . وكذلك بلغني عن مالك . وسئل ابنُ القاسم عن رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فسأله ماله فجحده حيناً ثم زعم بعد ذلك أنه قد قضاه ، قال : إنْ لم يأت بالبينة على أنه قضاه غرمه ، وليس من

---

(٦) بياض بالأصل لم يتضح في غيره .

ادعى القضاء مثل من زعم أنه ضاع ، وفي سماع ابن القاسم عن مالك في كتاب أوله حديثُ طلق ابن حبيب قال مالك ما أرى عليه إلا يمينه بالله وَيَبْرَأ .

قال محمد بن رشد : تكررت هذه المسألة في مواضع ، منها ما في سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات . وما في سماع عيسى من كتاب الشركة . ووقع الاختلاف فيها هنا مجموعاً ، فتحصل فيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يصدق مع يمينه بعد الإنكار في دعواه الرَّدّ والضياع . والثاني أنه لا يصدق في ذلك بعد الانكار. والثالث أنه يصدق في دعواه الضياع ولا يصدق في دعواه الرد ، ومن هذا الاصل من ملّك امرأتَه بكلام يقتضي التمليك فقضت بالثلاث فأنكر أن يكون أراد بذلك الطلاقَ ثم قال أردت واحدة ، قيل إنه لا يصدق أنه أراد واحدة بعد أن زعم أنه لم يرد بذلك الطلاق وقيل يصدق في ذلك مع يمينه ، والقولان في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك . ومن هذا الأصل ايضاً أن يدعي على الرجل دعوى فينكرها فلما قامت عليه البينة جاء بالمخرج منها من بينة على البراءة أو دعوى لو جاء بها قبل الإنكار لَقُبِلت منه وما أشبه ذلك . فقيل إن ذلك لا يقبل منه لأنه قد كذبه أولاً بجحوده . وقيل إنها تقبل منه ، وقيل إنها لا تُقبل منه إلاّ في اللعان إذا ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد أن يلاعن وما أشبه اللعان من الحدود ، وهو قول محمد بن المواز . وقيل إنّ ذلك لا يقبل منه إلاّ في الحدود والأصول ولا يقبل منه في الحقوق ، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدونة . فيتحصل في ذلك أربعة أقوال بالتفرقة بين الحدود وما سواها في ذلك وبين الحدود والأصول وما سواهما وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله جاع فباع امرأته

وسألته عن الضارب في المال يستسلف من المال فيبتاع

الجارية فيطأها فتحمل ، أو تعدى على جارية قد اشتراها من مال القراض فيطأها فتحمل هل هذان الوجهان عندك سواء . قال أما في الاستسلاف فقد علمت قولَ مالك ، وأرى أن يؤخذ منه ما اشتراها به من مال القراض إن كان ملياً ، وإن كان معدماً اتبع به ديناً ، وأما إذا عدا عليها بعد أن اشتراها فإني لا أراه مثلَه ، وأرى أن تباع إذا لم يكن له مال . قال عيسى ويتبع بقيمة الولد ديناً إلّا أن يكون في القراض فضل فيكون بمنزلة من وطىء جارية بينه وبين آخر لان له في الجارية شركاً بفضله فإن كان ملياً قومت عليه ، وإن كان معدماً خير رب المال فإن شاء أخذ من الجارية قدر نصيبه منها واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد ، وليس له فيما نقصها الحمل والوطىء قليل ولا كثير ، وان أَبَـى بِيعَ له نصيبُه منها فإن نقص ما بيع به نصيبه منها من قيمة ذلك النصيب يوم وطئها اتبعه بذلك النقصان وبنصيبه من قيمة ولدها ديناً عليه . قال ابن القاسم وإذا كره جميعَ هذا وَضَمَّنَهُ قيمة نصيبه منها فليس له من قيمة ولدها ولا ما نقصها الوطء قليلٌ ولا كثير .

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة في رسم لا قسامة في العبيد من سماع ابن القاسم ، وتكلمنا هناك على توجيه الاختلاف الحاصل في هذه المسألة بين مالك وابن القاسم في وجوب بيع الجارية إذا وطئها المقارَض فحملت ولا مال له فلا وجه لاعادته . ولا اختلاف بينهم إذا عدا عليها بعد أن اشتراها للقراض فوطئها فحملت ولا مال له في أنها تباع كما قال ابنُ القاسم ، يريد أنها تباع فيما لزمه من قيمتها يوم حملت أو يوم وطئها على الاختلاف في ذلك . إذْ قد قيل إنّ القيمة في ذلك يوم الوطْء . وقيل يوم الحمل . وقيل ربها مخير بين أن يقومها عليه يوم الوطْء أو يوم الحمل . وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في وجوب تقويمها عليه إذا وطئها فلم تحمل ،

فإن نقص ثمنها الذي بيعت به من قيمتها يوم حملت أو يوم وطئها على الاختلاف الذي ذكرناه في ذلك اتبعه بما نقص يومئذ . وقول عيسى بن دينار إنه يتبع مع ذلك بقيمة الولد ديْناً هو على القول بأنها تباع عليه في قيمتها يوم الحمل. وفي ذلك اختلاف. قيل إنه لا يتبع بقيمة الولد. وأما على القول بأنها تباع عليه في قيمتها يوم الوطء . فلا خلاف في أنه لا يتبع بقيمة الولد لأن الولد إنما حدث في الوطء الذي حملت به بعد وجوب القيمة عليه في الوطء الأول . هذا إذا تحققنا ان الحمل من الوطء الثاني . وهذا كله إذا لم يكن في الجارية فضل على رأس المال . وأما إن كان فيها فضل . فقول سحنون المتقدم في سماع ابن القاسم إنه يباع منها لرب المال بقدر رأس ماله وحصته من الربح ويكون ما تبقى منها بحساب أم ولد للمقارَض .

وذهب عيسى بن دينار إلى أن الحكم في ذلك حكمُ الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما فتحمل ولا مال له . وفي ذلك اختلاف كثير . يتحصل فيه ثمانية أقوال . **أحدها** أنها تقوم عليه يوم حملت ويتبع بالقيمة دينا وتكون له أمّ ولد ولا يتبع بقيمة الولد . **والثاني** أنها تقوم عليه أيضاً يوم حملت ويتبع بالقيمة ديناً وتكون له أم ولد ويتبع أيضاً بقيمة الولد . **والثالث** انه يباع عليه نصيب الشريك فيما لزمه من قيمتها فإن نقص ذلك عما لزمه من نصف قيمتها اتبعه بما نقص من ذلك وبنصف قيمة ولدها إن كانت بينهما بنصفين . **والرابع** مثل الثالث في البيع إلاّ أنه لا يتبعه بشيء من قيمة الولد . **والخامس** أنه مخير بين أن يتمسك بنصيبه ويتبعه بنصف قيمة الولد وبين أن يقومها عليه ويتبعه بنصف قيمتها ديناً عليه مع نصف قيمة الولد . **والسادس** أنه يخير أيضاً بين أن يتمسك بنصيبه ويتبعه بنصف قيمة الولد وبين أن يقومها عليه فيبيعه بنصف قيمتها ديناً عليه ولا شيء له عليه من قيمة الولد . **والسابع** أنه مخير بين أن يتمسك بحظه منها ويبيعه بنصف قيمة الولد وبين أن يباع عليه حظه منها فيما لزمه من نصف قيمتها ، فإن نقص ما بيع به عمّا لزمه من نصف قيمتها يوم وطئها اتبعه بما نقص من ذلك وبنصف قيمة الولد ، وهو قول عيسى بن

دينار في هذه الرواية والثامن مثل القول السابع غير أنه لا يتبعه بنصف قيمة الولد ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية . وقولُ عيسى بن دينار إنه إن اختار أن يأخذ من الجارية قدر نصيبه فليس له مما نقصها الحمل والوطء قليل ولا كثير، هو مذهب أشهب وقول ابن القاسم في كتاب الحدود في القذف من المدونة خلافُ المشهور من مذهبه في أن من جَنَى على رجل في ثوبه جناية كثيرة فهو مخير بين أن يضمنه قيمته وبين ان يأخذه وما نقصته الجارية(٧) . وأما قول ابن القاسم إنه إذا ضَمّنَهُ قيمةَ نصيبه فليس له مما نقصها الوطء قليلٌ ولا كثير فلا يستقيم ، وهو كلام وقع على غير تحصيل ، إذ لا يصح أن يضمنه قيمةَ نصيبه معيباً بعيب الوطء ، وإنما يضمنه إياه سالماً منه ، وإنما ضمنه إياه سالماً منه فقد حصل على ما نقصها الوطء . وهذا بين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله إن أمكنتني

قال عيسى وكتب إليه يسأل عن رجل دفع إلى رجلين مالا يعملان به جميعاً فمات أحدهما وأَقَرّ دافعُ المال أنّ الحي منهما قد دفع اليه شطر ذلك القراض هل يلزم ذلك الحي شيء مما على الميت إنْ كان الميتُ لم يَدّعِ وفاء أو يلزم الميت إن كان الحي مفلساً في ماله شيءٌ مما على الحي ؟ فقال ابن القاسم أرى كل واحد منهما ضامناً لما على صاحبه إلاّ أن يكونا ادعيا هلاكها أو يدعيه أحدُهما فيحلف على ذلك ، وإن لم يدعيا هلاكاً فإنما هو تفويض من أحدهما إلى صاحبه فهو ضامن إلاّ أن يكونا لم يفرطا فلا ضمان عليهما ، وإنما يلزمهما الضمان فيما فوض أحدهما إلى

(٧) كذا بالأصل ، والصواب : وما نقصته الجناية .

صاحبه فأسلمه إليه وتركه يعمل فيه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال لأنه إذا دفع إليهما المال يعملان به جميعاً فهما شريكان في العمل به وكل واحد منهما مطلوب بجميعه لأنه حميل عن صاحبه بما يلزمه من أداء نصفه ، فما دفعه أحدُهما من المال إلى صاحبه فهو مُتَأد عنهما ، وما بقي من المال فهو عليهما حتى يبرءَا منه أو يدعيان فيه هلاكاً فيصدق من ادعاه منهما مع يمينه وإن سلمه أحدهما إلى صاحبه لينفرد بِالْعَمَلِ به دونه فهو ضامن له ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قلت أرأيت المُقَارَضين يقتسمان المال فيتلف من أحدهما ويؤدي الآخر هل يلزم الذي، أدَّى غرم ما لم يؤد صاحبه أو لا ضمان عليه فيما تلف بيد صاحبه ؟ وهل يكونان متعديين حين اقتسما المال ؟ وما الامر فيه ؟. قال : نعم يلزم الذي أدى ما تلف من صاحبه .

قال محمد بن رشد : أوجب ابنُ القاسم على المقارَضين ضمان المال إذا اقتسماه ، وهو قولُ ابن الماجشون في الوصيين يضمن كل واحد منهما على مذهبهما ما بيده وما بيد صاحبه إن تلف شيءٌ من ذلك يضمن ما تلف بيده لرضاه برفع يد صاحبه عنه ، ويضمن ما بيد صاحبه بتسليمه إليه ، وكذلك المودَعان والمستبضعان . ووجه ذلك أنه حمل الأمر على أن رب المال أراد أن يكون المال عند أحدهما برضى الآخر إذ لا يمكن أن يكون جميع المال عند كل واحد منهما فوجب إذا اقتسماه أن يضمناه وإن سلماه إلى أحدهما لم يضمناه . ولسحنون في نوازله بعد هذا في الوديعة والقراض أنهما إن اقتسماهما لم يضمناهما وكذلك البضاعة على مذهبه. إذ لا فرق في ذلك بين القراض والوديعة والبضاعة وهو قول أشهب وابن عبد الحكم في

الوصيين . ووجه ذلك أن رب المال لما رضي أن يكون المالُ عند كل واحد منهما برضى الآخر فقد رضي أن يكون نصفه عند كل واحد منهما . وقولُ ابن القاسم أظهرُ لانهما إذا اقتسماه على سبيل التشاح فلما ترك كل واحد منهما نصفَ المال لصاحبه بما ترك له صاحبه من نصفه الآخر فاتهما على أنهما فعلا ذلك لأنفسهما لا نظراً لصاحب المال فوجب ان يضمنا .

والحكمُ في ذلك إذا تشاحا واختلفا عند من يكون منهما فأراد كل واحد منهما أن يكون عنده أو أراد كل واحد منهما أن يكون عند صاحبه أن يُتّبع قولُ صاحب المال في ذلك على ما قال في أول رسم من سماع أصبغ بعد هذا وذلك ما لم يقبض المال بعدُ، فإن كان قد قبض أُقِرَّ بيد الذي دفعه صاحبُه إليه منهما . قال في رواية أصبغ المذكورة فإن كان دفعه إليهما جميعاً فجميعاً وذلك يكون مثلَ أن يأتي بالمال إليهما وهو في المسجد أو في غير منزل أحدهما فيضعه بين أيديهما ويقول لهما هذا المال وديعة عندكما، أو قراض بأيديكما أو بضاعة عندكما ويذهب عنهما. فيختلفان عند من يكون منهما، وليس في قوله فإن كان دفع إليهما جميعاً فجميعاً بيانٌ في وجه الحكم في ذلك، إذ لا يمكن أن يكون المال كله عندهما جميعاً. فهو كلام فيه إشكال. يحتمل أن يريد به أنه لاَ مَزِيَّةَ لواحد منهما على صاحبه فيه فيجعله الإمام عند من رأى منهما، ويحتمل أن يريد وهو الأظهر أن الإمام يقسمه منهما على ما روى علي بن زياد عن مالك في الوصيين يتشاحان في المال أنه يقسم بينهما وليس قول ابن القاسم هذا على هذا التأويل. ولا روايةُ علي بن زياد عن مالك بِمُخَالَفة لما اتفقت عليه الروايات من أنه ليس لهما أن يقتسما المال بينهما. فتحصيل هذا أنهم اتفقوا على أنه لا يجوز لهما أن يقتسما المال بينهما. واختلفوا إن اقتسماه هل يضمناه أم لا؟. واختلفوا أيضاً إذا تشاحا عند من يكون منهما ورب المال غائب أو ميت ولم يدفعه إلى أحدهما ولا قبضه واحد منهما بعدُ، أو قبضه دون إذن صاحبه ودفعه إليهما جميعاً فلم يَبِنْ به واحد منهما بعد أن بان به دون صاحبه. فقيل أنه يقسم بينهما. وهو قول مالك في

رواية علي بن زياد عنه. وظاهرُ ما في سماع أصبغ على الأظهر من التأويلين. وقيل إنه يدفع إلى الأعدل منهما وهو قول مالك في كتاب الوديعة من المدونة في الوصيين ويحتمل ألَّا يكونَ ذلك اختلافاً من القول، وأن يكون الوجه فيه أن الإمام يقسمه بينهما على ما روى علي بن زياد عن مالك إنْ كـان ذلك عنده وجه النظر فيه ويجعله عند أعدلهما على ما في المدونة: إن كان ذلك عنده هو وجه النظر فيه وقد كان من أدركنا من الشيوخ يذهب إلى أنَّ لهما ها هنا أن يقتسماه بينهما ابتداء على رواية علي بن زياد عن مالك، وذلك لا يصح، لأن الإمام يفعل من ذلك مَا يَرَاه وجهَ النظر ولا تهمة عليه فيه، وهما فيما اقتسما إياه متهمان على ما ذكرناه، وأما إن كان صاحبُ المال حاضراً فيتبع قوله فيمن يحب أن يكون عنده منهما. وكذلك إن كان قد دفعه إلى أحدهما فهو أحق أن يكون عنده، وكذلك إذا كان قد قبضه أحدهما بإذن صاحبه كان أحقَّ أن يكون عنده. وَشَبَّهَ في المدونة المُودعين والمستبضعين بالوصيين في أن المال يجعل عند أعدلهما. وذلك صحيح على ما بيناه من أن الودعين إذا اختلفا فيمن يكون المال عنده منهما وصاحبه غائب ولم يدفعه إلى أحدهما أنهما كالوصيين في أنه يجعل عند أعدلهما أو يقسم بينهما على قول مالك في رواية علي بن زياد عنه. وقال سحنون لا يشبه المُودعان الوصيين لأن المال لا ينزع من المودع ويجعل عند الأعدل كما ينزع من الوصي ويجعل عند الأعدل. وليس قولُه بصحيح، لأن المال إذا صار عند أحد المودعين بغير علم صاحب المال ولا إذن شريكه فَدَعَى شريكهُ إلى أن يكون عندهُ المال وصاحبُه غائب وجب أن ينظر الإمام في ذلك، فإن كان شريكهُ أعدلَ منه أخرجه من يده ووضعه عند الأعدل كما يفعل في الوَصِيين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

ومن كتاب القطعان

وسئل ابنُ القاسم عن العامل بالقراض إذا قدم بالسلعة التي

اشترى فعرضها فأُعطى بها عطاءً فأراد العامل أن يشتريها بمثل رأس مال. قال لا بأس أن يشتريها بنقد وإن تأخر النقد فلا خير فيه إلَّا أن يشتريها بمثل رأس مال القراض وبوضيعة منه فأرجو أن يكون خفيفاً، قال وإن أرَاد صاحب المال شراءَها بنقد أو إلى أجل فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مسألة

وسُئِلَ ابنُ القاسم عن الرجل يدفع إليه الرجلان المالَ قراضاً فيقولان له أَخْلِطْ مَالَيْنَا ولك ثلثُ ربحه كله ولكل واحد منا الثلث.. قال لا خير في هذا الشرط إلَّا أن يشتري هو سلعة فَيُخَلِّطُ المال من قبل نفسه بغير شرط فلا بأس به.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه لا فرق بين أن يأخذ منهما القراض على أن يخلط ماليهما وبين أن يأخذه من أحدهما على أن يخلطه بماله لما يدخله من اغْتِرَارِ الزيادة في الربح بكثرة المال. وقد اختلف إذا وقع ذلك فقيل أنه يرد إلى قراض مثله، وهو قول ابن حبيب والظاهرُ من قول مالك في المدونة أن ذلك لا يجوز أنه يُرَدُّ إلى إجارة مثله، وهو قول سحنون نَصّاً أنه يُرد إلى إجارة مثله. وقيل إنه إنْ وقع مضى على سنته ولم يفسخ، وهو قول أصبغ، وأشهب يخفف ذلك ولا يرى به بأساً حتى يكون ذلك شرطاً تعمداه لا استغزاراً لربح، مثل أن يشترط عليه أن يضمه وهو يسير إلى مال له كثير، وحكاه ابنُ حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، وقال إنه إذا وقع يقسم الربح على المالين، فتكون حصة مال العامل له، وحصة مال القِراض بينهما على قراض مثلهما من غير شرط. وروى أصبغُ عن ابن القاسم أنه لا خير في أن يأخذ مالاً قراضاً على أن يخلطه بماله، ولا على أنه إن شاء أن يخلطه بماله

خلطه وإن شاء أن يفرده أفرده. وقاله أصبغ، وقال ليس بحرام وهو ذريعة للزيادة والأول أَقَر وهو واحد ، وإن وقع لم أَرَ أن يفسخ ومضى على سنته وبالله التوفيق .

مسألة

وسُئِلَ مالك عن المقارِضَين بالمال يزعم[٨] أنه قد ربح خمسين ديناراً ولا يدري من أي المالين الربح ، نسي ذلك ، فقال لا شيء له من الخمسين وتكون لصاحبي المال لكل واحد منهما خمسة وعشرون ديناراً .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف ما في رسم يوصى من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح في الوديعة يُقِرُّ بها الرجلُ للرجلين ويقول لا أدري لمن هي منهما أنهما يحلفان جميعاً ويقتسمانها بينهما، بخلاف إذا قال على مائة دينار دينٌ لا أدري هل هي لفلان أو لفلان فادّعاهَا الرجلان جميعاً أنهما يحلفان ويغرم لكل واحد منهما مائة مائة ، لأن الدين في ذمته والوديعة في أمانته ، وكذلك ربح القراض في أمانته يلزم فيه على ما في كتاب الدعوى والصلح في الوديعة أن تكون الخمسة وعشرون من الخمسين له والخمسة والعشرون الأخرى لصاحبي المالين يقتسمانها بينهما بنصفين بعد أيمانهما إن ادعى كل واحد منهما أنّ الربح كان من ماله أو بغير يمين إن قال كل واحد منهما لا أدري ولم يدع على صاحبه أنه يدري ، وإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يعلم أنها ليست من ماله حلف كل واحد منهما أنه لا يعلم أنها من مال صاحبه فاقتسماها بينهما بنصفين إلا أن يسلمها أحدُهما لصاحبه. ولو قال أحدهما هي من مالي وقال الآخر لا أدري. قيل للذي قال لا أدري أحلف أنك ما تدري ، فإن حلف على ذلك حلف الآخر

(٨) في يزعم ضمير يعود على المقارض بالفتح .

أنها من ماله وأخذها، وإن نكل الذي قال لا أدري عن اليمين أخذها الذي قال إنها من ماله دون يمين، وإن نكلا جميعاً عن اليمين اقتسماها بينهما إلّاً أن يسلمها أحدهما لصاحبه وقد روى عيسى عن ابن القاسم في رسم يدير ماله من كتاب المديان والتفليس في الدين أنه ليس عليه أكثر من المائة التي أقر بها، ويقتسمُها الرجلان بينهما بعد أيمانهما فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما بنصفين، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عن اليمين كانت للحالف منهما.

فيتحصل في المسألة ثلاثةُ أقوال أحدها أنه يلزمه من الغرم لكل واحد منهما ما أقر به في الوديعة والدين، وهو الذي يأتي على قوله في مسألة القراض هذه، لأنه إذا أوجب ذلك عليه فيما في أمانته فأحرى أن يوجب ذلك عليه فيما في ذمته. والقول الثاني أنه لا يلزمه إلّا مائة واحدة في الوديعة، والدَّيْنُ يكون بينهما بعد أيْمانهما. وهو الذي يأتي على ما في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس، لأنه إذا لم يلزمه في الدين الذي هو في ذمته إلّا ما أقر به فأحرى ألّا يجب ذلك عليه فيما في أمانته. والقول الثالث الفرق بينَ الذمة والأمانة. وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح على ما ذكرناه والله الموفق.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال يحيى: وسألت ابنَ القاسم عن رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً فاشترى به عبداً فكاتبه وأجاز ذلك صاحبُ المال. قال: الكتابة إذا أجازها صاحبُ المال جائزة قلتُ أرأيت إن أدى المكاتبُ ما عليه فكان ذلك قدرَ أصل المال لمن يكون ولاؤه؟ قال لصاحب المال خالصاً دون العامل. قلت فإن كان فيما كوتب به فضلٌ عن أصل المال؟ قال: يقتسمان الربحَ على شرطهما ويكون الولاءُ

بينهما على قدر المال . قلت أَنِصفين مثل الربح . قال : بل يُنظر إلى قدر حصة العامل من الربح ما هي من جميع الربح ورأس المال فإن كان سدساً أو خمساً أو سبعاً أو نحو ذلك أي جزء كان حظ العامل من الربح من جميع رأس المال فكان شريكاً بمثله في ولاء المكاتب .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن المقارَض ليس له أن يكاتب عبداً من مال القراض إلّا بإذن رب المال لأن الكتابة ليست من التجارة التي أعطاه ماله بسببها . يُبَيِّنُ ذلك قولُهُ في كتاب المكاتب من المدونة المَأْذُونُ له في التجارة لا يجوز له أن يكاتب عبدَه لأنه لا يجوز له أن يعتقه فإن كاتَبَ المقارَضُ عبداً من مالِ القِراض كان لرب المال أن يفسخ كتابته وإن لم يعلم بذلك حتى أدى جميع كتابته ويكون ما قبض منه كالغلة قاله في كتاب ابن المواز . وقال أحمد بن ميسر إلاّ أن يكون إنما أدى عنه أجنبي فأعتقه العامل فينفذ عتقه إن كان لم يُحَابِ الأجْنَبِيَّ في ذلك ، ولو علم رب المال بذلك فسكت ولم ينكر للزمه . وقوله في الولاءِ إنه يكون للمقارض منه إذا أجاز رب المال كتابته بقدر ربحه من جملة المال والربحِ إن كان فيه ربح صحيحٌ لأنه شريك فيه بقدر ربحه فيكون بمنزلة العبد بين الشريكين يُكَاتِبَانِهِ جميعاً وبالله التوفيق .

مسألــة

سألته عن الرجل يقارض الرجل بتبر الذهب والفضة ، فقال : أكره ذلك في البلد الذي لا يُدَار فيـه إلاّ الدنـانير والـدراهم المضروبة ، فإن وقع أجزته ولم أَرَهُ كالقراض بالعروض ، ولا أرى به بأساً في البلد الذي يدار فيه الذهب والفضة تبراً إذا كانوا يشترون بها وَيَبِيعون . قلت أرأيت إن أخذها ببلد لا يدار فيه ، فاستضرب الفضة

دراهم فنقصت ماذا يرد على صاحبها عند التفاصل ؟ فقال يرد مثلَ الذي أخذ وزنَهَا وطِيبَها ثم يقتسمان ما بقي .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن : سئل ابنُ وهب وأنا أسمع عن المسلم هل يقارض النصراني ؟ فقال : لا بأس به .

قال محمد بن رشد : معنى ما ذهب إليه ابن وهب في إجارته ذلك والله أعلم هو إذا كان إنما يتجر في البَز ونحوه ويبيع بالنقد فيتحقق سلامته من الربا ، وأما إذا خشي أن يعمل بالربا فلا يجوز له أن يقارضه ، هذا مَذْهب مالك وجميع أصحابه . فقد قال في المدونة : إنه لا ينبغي للرجل أن يقارض من يستحل شيئاً من الحرام في البيع والشراء وإن كان مسلماً ، ولا من لاَ يعرف الحلال والحرام وقال ابنُ المواز إنه إن قارض النصراني فَرَبحَ فُسِخَ القراض ورُدّ إلى المسلم رأس ماله ، وهذا عندي إذا قارضه على علم منه أنه يعمل بالربا . وأما إن قارضه وهو يرى أنه لا يعمل بالربا ثم خشي أن يكون قد عمل به تصدق بالربح استحساناً وإن تحقق ذلك تصدق إيجاباً ، ولو خشي أن يكون قد اشترى به خمراً أو خنازير لاَنْبُغِيَ له أن يتصدق بجميع المال استحساناً . ولو تحقق ذلك لوجب عليه أن يتصدق به . وقد قيل إنه إذا اشترى به خمراً أو خنازير لزمه ضمانُهُ لأنه قد دخل مع المسلم على الا يتجر بماله إلاّ فيما يجوز للمسلمين ملكه . وذلك يتخرج على الخلاف في منع الرجل امرأته النصرانية من شرب الخمر والذهاب إلى كنيستها ففي المدونة أنه ليس له أن يمنعها من ذلك. فعلى قياس ذلك ليس له أن يمنعه من التجر فيما يستبيحه في

دينه . وقد قيل إن له أن يمنعه من ذلك لأنها قد دخلت معه على حكمه . فعلى قياس ذلك ليس له أن يشتري بماله إلا ما يجوز للمسلمين ملكه ، فإن فعل ذلك لزمه ضمانُهُ ، وأما مساقاة المسلم النصراني فهي جائزة إذا كان لا يعصر خمراً فإن قاسمه فأراد أن يعمل خمراً لم يُمْنَع ولكن لا يعود المسلم إلى معاملته .

وأما أخذُ المسلم من النصراني كرمه مساقاة أو ماله قراضاً فأُجِيزَ وَكُرِهَ ، كرهه مالك في المدونة وأجازه في رواية ابن نافع عنه في المدنية . فقال لا بأس به ، والكراهيةُ فيه أبين وأصح ، فإن وقع لم يفسخ .

وأما إذا آجَرَهُ نفسَه على عمل يكون فيه عنده وتحت ملكه فلا يجوز ويفسخ ، فإن فات بالعمل مضى واستوجب جميع أجره إلّا أن يكون عمله في عصر خمر وحَرْزِ خنازير فلا يمكن من الأجر ويتصدق به على المساكين .

وأما إن عمل له عملاً في داره أو حانوته كالصانع يخيط له ثوباً وما أشبه ذلك فهو له جائز . فعلى هذه الوجوه الأربعة تكون إجارةُ المسلم نفسَه من النصراني . وجه جائز ، ووجه مكروه . ووجه غير جائز ، ووجه حرام ، وبالله التوفيق .

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون وسألت ابن القاسم عن الرجل يدفع إلى الرجل مائة دينار يعمل بها قراضاً فعمل بها عشرةَ أشهر ، ثم ابْتَاع رب المال من بعض السلع التي في يديه بمائة دينار فأخذ ذلك رب المال وبقيت سِلَعٌ فأقروها فيما بينهم لأنها ربح فباعوها بعد شهرين أو ثلاثة بعشرين ديناراً أو بثلاثين ديناراً لرب المال النصف ، قال : لا زكاة على العامل حتى تُباع السلعة بمال يكون لرب المال منه ما تجب فيه

الزكاة مثل أن يباع بأربعين أو خمسين . قلت : لِمَ ؟ قال لأنه كان المعاملة إنما كانت في هذه السلعة . فأما ما أخذ من رأس المال قبل ذلك فكأنه لم يكن . وكذلك لو أخذ بعضَ المال وترك بعضَه كان مثلَ هذا . قلت فإن كانت المعاملة على أن للعامل الثلثين ولرب المال الثلث فباعا السلعة التي بقيت بعد أخذ رب المال رأس ماله بشهرين أو ثلاثة تمام السنة ؟ قال : لا زكاة على العامل حتى يكون في حظ رب المال ما تجب فيه الزكاة . وإنما هو بمنزلة من دفع إلى رجل ديناراً على أن يعمل به قراضاً على أن للعامل الثلثين ولرب المال الثلث وربحوا حتى صارت إثنين وثلاثين ديناراً على أن يعمل به قراضاً ، فلرب المال رأس ماله دينارٌ وثلثُ الأحَدِ وثلاثين ديناراً ، وليس على العامل زكاة وإن كان له ما تجب فيه الزكاة ، وإنما يكون على العامل الزكاة في ربحه إذا كان في رأس مال رب المال الذي يعمل به العامل وربحه ما تجب فيه الزكاة .

قلت لابن القاسم فإن دفع رجل إلى رجل عشرة دنانير يعمل بها وله في بيته مائة دينار فيعمل العامل فباعوا بعد الحول بخمسة وعشرين ديناراً والمائة الدينار التي لرب المال هي عنده كما هي ، هل يكون على رب المال وعلى العامل زكاة لأن المال الذي عمل به العامل مِنْ أَصْلٍ ما تجب فيه الزكاة . قال : لا ليس ذلك على العامل ، وإنما يكون على العامل الزكاة في ربحه إذا عمل سنة وفي مالِ رب المال الذي يعمل به وربحِهِ ما يجب فيه الزكاة. ولا يلتفت إلى ما في يدي رب المال مما لم يدفعه إلى العامل ، فيكون على رب المال الزكاة في ماله الذي في يديه وفي المال الذي يأخذه من العامل من رأس ماله وربحه ، ولا شيء على العامل . قال لي :

وكذلك قال مالك في المال يكون عند ربه عشرة أشهر وهي مائة دينار ، فيدفعها إلى رجل يعمل به شهرين فيربح فيهما ويقاسمه ، إنّ الزكاة على رب المال في ماله وربحه ولا يكون على العامل شيء وإن كان في ربحه ما تجب فيه الزكاة حتى يعمل به سنة .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم إنّ ما أخذ رب المال من رأس ماله من العامل قبل أن يحول عليه من يوم دفعه إليه لا يُعتبر فيه في وجوب الزكاة على العامل في حظه من الربح صحيحٌ على أصله الذي لم أعلمه اخْتَلَفَ فيه قولُهُ في أن العامل لا يجب عليه في حظه من الربح زكاة وان عمل في المال حولاً وكان في حظه منه ما تجب فيه الزكاة إذا لم يكن في رأس مال رب المال وربحه ما تجب فيه الزكاة وإن وجبت على رب المال فيه الزكاة باضافته إلى مال له قد كان بيده لم يدفعه إلى العامل ، لأن ما قبض من العامل قبل أن يحول عليه الحول عنده من يوم دفعه اليه فكأنه لم يدفعه إليه وأبْقاه بيده . وسواء على ما نص عليه في هذه الرواية قبض قبل الحول منه جميع رأس ماله أو بعضه إنما ينظر إلى ما يجب إليه مما بقي كان ربحاً خالصاً أو بقية رأس ماله وحصته من الربح ، فإن كان ما يجب فيه الزكاة وجبت على العامل في حظه الزكاة ، وإن لم يبلغ ذلك ما يجب فيه الزكاة لم يجب على العامل في حظه من الربح زكاة ، وقد قال في رواية أصبغ عنه إن الزكاة تجب على العامل في حظه من الربح إذا كان في رأس المال وجميع الربح ما تجب فيه الزكاة . وهو قولُ أشهب وروايتُهُ عن مالك فيما تقدم وقولُ أصبغ في سماعه وقولُ سحنون في كتاب ابنه فعلى هذا إذا قبض قبل أن يحول الحول على ما بيده جميعَ رأس ماله أو بعضه فحصْل بعد الحول في جميع الربح أو في جميعه مع ما بقي عنده من رأس المال ما تجب فيه الزكاة وجبت على العامل في حظه الزكاة . والأول هو المشهور من قول ابن القاسم المعلوم من مذهبه في المدونة وغيرها . وَفَرّقَ محمد بن المواز فيما تأول على ابن القاسم بين أنْ يقبض قبل

الحول منه جميع رأس ماله أو بعضه ، فقال إذا قبض منه قبل الحول جميع رأس ماله فلا زكاة على العامل في حظه من الربح ، وإن صار لرب المال في حظه الذي قبض منه بعد الحول ما تجب فيه الزكاة وأنه إن قبض منه بعض رأس المال قبل الحول وأبْقي بيده بعضَه حتى حال عليه الحول فصار له في بقية رأس ماله وحصته ما تجب فيه الزكاة وجبت على العامل الزكاة في حظه ، وإن لم يصر له في ذلك ما يجب فيه الزكاة ولا بقي له من المال قبل الحول ما يتم به النصاب لم يجب على العامل في حظه الزكاة لسقوط الزكاة عن رب المال ، وإن كان قد بقي بيده مما قبض قبل الحول تَتِمّة النصاب زكي ذلك وزكي العاملُ من ربحه ما ينوب منه ما بقي بيده من رأس المال إلى أن حال عليه الحول وهذا تناقض إذ لا فرق في القياس فيما يجب على العامل في حظه من الزكاة بين أن يجب على رب المال زكاةُ ما بقي بيده أو ما ينوبه من الربح ببلوغه ما تجب فيه الزكاة أو بإضافته إلى ما قبض منه قبل الحول من رأس ماله . وقولُ ابن القاسم الذي تأول عليه محمد بن المواز هذا التأويل الذي ذكرناه عنه هو قولُه في رواية أبي زيد عنه في سماعه من هذا الكتاب . وقد كانَ القياس أن يجب على العامل زكاةُ جميع حظه من الربح إذا وجبت على رب المال الزكاة فيما قبض بعد الحول من العامل من ربحه أو من بقية رأس ماله وربحه ببلوغ ذلك ما تجب فيه الزكاة أو بإضافته إلى ما قبض منه قبل الحول من رأس ماله أو إلى مال له سِوَاهُ لم يدفعه إليه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل ابن القاسم عن الرجل يكون عنده الوديعة أو يكون قِبَلَه الدين فيأمره الذي له الدين أو الوديعة أن يعمل بهما قراضاً . فقال أما في الدين فإن الرِّبح للذي عليه الدين ، وهو لما نقص ضامِنٌ . وأما في الوديعة فإن مالكاً كان يكرهه ، فإن وقع وكان ربحٌ كان بينهما ، وإن ادعى انه تَلِف صدق وكان القولُ قولَه .

قال محمد بن رشد : العلة في أن ذلك لا يجوز في الدين بينة ، وذلك أنه أنْظَرَهُ بدينه على أن يتجر فيه ويكون له نصف الربح وذلك رباً بَيِّنٌ ، فوجب أن يكون الحكمُ فيه ما ذكره . قال في المدونة إلاّ أن يقبض دينه ثم يرده عليه . ويأتي على ما في كتاب الصرف من المدونة في الذي يصرف دنانير بدراهم ثم يريد أن يصرفها منه بدنانير مختلفة لعيونها أن ذلك لا يجوز في المجلس ولا بعد اليوم واليومين والثلاثة حتى يبرأ من التهمة لأنه لا يجوز أن يصرف إليه الدين على القراض إلاّ بعد أيام حتى يَبْرأ مِنْ التهمة . ويأتي على ما حكى ابنُ حبيب في الواضحة في القراض يضيع بعضُهُ فيعلم بذلك صاحبُهُ فيقول له إعمل بما بقي ان ذلك يكون قراضاً مؤتنفاً أنه يبرأ في هذه المسألة من التهمة بإحضار الدين وإن لم يقبضه منه ، ويكون قراضاً صحيحاً . وقد مضى في رسم القطعان من سَماع عيسى من كتاب الكفالة والحوالة ما فيه بيان لهذه المسألة فقف على ذلك . وقد روى أشهب عنه إن نزل مضى ، وهو بعيد جداً .

وأما الوديعة فإنما كره القراض بها مخافة أن يكون قد انفقها وصارت دَيْناً عليه فإذا وقع القراض بها مضى حتى يعرف أنه حركها على قوله في هذه الرواية . خلافُ ظاهر قوله في المدونة من أن ذلك بمنزلة الدين ، ولو أحضراها لَجَاز القراض بها . ولم يَرَ محمد بن المواز بذلك بأساً وإن لم يُحضِرَاهَا . وقاله ابن حبيب في الثقة المأمون . فيتحصل في ذلك في الدين قولان أحدهما أن ذلك لا يجوز . وهو الصحيح في النظر . والثاني أن ذلك يكره ابتداء فان وقع مضى . وهو قول أشهب وهو بعيد . إذ لم يَجْرِ في ذلك على أصل ، فقال إنه إن نقص ضمن ، ولو قال إنه إن نقص لم يضمن لكان وجه قوله أنه صدقة في إخراج المال من ذمته إلى أَمَانَتِهِ إذ قد أمره بذلك . وهو أصل مختلف فيه في المدونة وغيرها .

وفي الوديعة أربعة أقوال أحدها أن ذلك لا يجوز كالدين وهو ظاهر ما في

المدونة لابن القاسم والثاني أن ذلك يكره فإن وقع مضى ولم يفسخ . والثالث أن ذلك جائز وهو قول ابن المواز . والرابع تفرقة ابن حبيب بين المأمون وغير المأمون . وكذلك إن أحضرها ولم يعرفها بعينها وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال ابنُ القاسم في الرجل يدفع إلى الرجل عشرة دنانير قراضاً فيشتري سلعة فيبيعها بعد الحول بعشرين دينار أيزكونها مثل المساقاة . قال لا حتى يبيعوها بثمن يكون في يدي صاحب المال من ماله وحصته من الربح ما يجب فيه الزكاة مثل أن يبيعها بثلاثين أو أربعين أو نحو ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما تقدم من قوله في المسألة التي قبل هذه . وهو المشهور من قوله المعلوم من مذهبه في المدونة وغيرها ، خلاف ما في سماع أصبغ عنه وعن أشهب ، وخلافُ ما مضى في سماع أشهب . وخلافُ قول سحنون . وخلافُ قول أصبغ من رأيه في سماعه وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل
سئل عنها سحنون بن سعيد

وسئل سحنون عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً على ما اشترطا عليه من أجزاء الربح ، فعمل العامل بالمال ثم أتاه به ثم اختلفا في رأس المال فقال رب المال مالي مائتا دينار وهو جميع ما أتى بِهِ العامل . وقال العامل بل رأس المال مائة . فقال القولُ قول العامل في رأس المال لأنه لم يقر أنه قبض إلاّ مائة دينار . قال فإن كانت لصاحب المال بينة وإلاّ فيمين العامل ، فإن نَكَلَ العامل عن

اليمين إذا لم يكن لرب المال بينة قيل لرب المال احلف وخذ المائتين ، فإن نكل عن اليمين لم يكن إلّا ما أقر به العامل ، فإن أقام المدعي البينة وهو رب المال وأقام العامل البينة وتكافأت البينتان في العدالة سقطت البينتان ، وكانا كمن لا بينة لهما وكان الجوابُ فيهما كما وصفت لك . قال وإن كانت البينتان مختلفتين في العدالة أُخذ بأعدل البينتين .

قيل فإن احتلفا في شرط الربح ، فقال رب المال لي الثلثان . وقال العامل لي الثلثان ولك الثلث ، فالقول قول العامل ، لأن ذلك عمل يده ، وإنما ذلك بمنزلة الصانع فالقولُ قولُهُ في الإجارة إذا أدعى ما يُشبه ورب المال هو المدعى لأن العامل هو البائع لعمل يده وَلِمَا أدخل من الصنعة . وقد قال رسول الله **إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ**[٩] فإن أتيا بالبينة فَتَكَافَأَتا أو لم تتكافئا أو لَمْ يكن لهما بينة كانت الأيمانُ بينهما على ما وصفتُ لك في صدر الكتاب .

قال محمد بن رشد: قول سحنون اذا اختلف العامل ورب المال في عدد رأس المال إنّ القولَ قولُ العامل وإن أحضر من المال مثلَ ما يدعي صاحب المال وأدعى أن الزائد على ما يقربه رِبْحٌ صحيحٌ . وقد روى أصبغ مثلَه عن ابن القاسم وأشهب ، وهو ظاهر ما في المدونة إذا ادعى رب المال أن

---

(٩) نُعله رواه بالمعنى ، والأصل ما رواه أبو داود عن عبد الرحمن بن قيس بن الأشعث عن أبيه عن جده قال : اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبد اللّه بعشرين ألفاً فأرسل عبد اللّه اليه في ثمنهم ، فقال انما أخذتهم بعشرة آلاف ، فقال عبد اللّه فاختر رجلاً يكون بيني وبينك ، قال الأشعث : انت بيني وبين نفسك ، قال عبد اللّه : فإني سمعت رسول اللّهِ صلى اللّه عليه وسلم يقول : **إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَهُوما يقولُ ربُّ السلعةِ أو يَتَتَارَكان** .

رأس ماله الفان . وقال العامل بل هو ألف إن القول قولُ العامل إذ لَمْ يفرق فيها بين أن يكون في المال ربح أو لا يكون ، ولو كان ذلك يفترق عنده لبينة والله أعلم .

بخلاف إذا اختلفا في رد رأس المال فقال العامل : قد رددته وهذا الذي معي ربح ، وقال رب المال لم ترده ، وهذا الذي معك هو رأس مالي . والفرق بينهما أن هذا مدع في رد رأس المال فوجب ألاّ يصدق فيه إذا كان في يديه مثلُهُ أو أكثر فادعى أنه كله ربح ، فالعامل في هذه المسألة مدع في الربح ، إذا لم يثبت ما ادعاه من الرُّد ، ورب المال في المسألة الأولى مدع في الربح إذا لم يثبت ما ادعاه من عدد رأس المال . وقد حكمت السنة أن البينة على المدعي واليمين على من أنكره .

وأما قولُ سحنون إنه إنْ أقام كل واحد منهما البينة على دعواه وَتَكَافَأت البينتان أنها تسقط ويكونا كمن لا بينة لهما فقد روى مثلُهُ عن ابن القاسم ، والمشهور عنه أن ذلك لا يكون تكاذباً وتهاتراً ، ويؤخذ بشهادة من شهد بالأكثر لأنها زادت . والقولان قائمان من المدونة . وفي المسألة قول ثالث . وهو الفرق بين أن تكون الزيادة بزيادة لفظ مثل أن يشهد الشاهدان أنه أقر له بعشرين ويقول الآخرانِ بل أقر له بخمسة وعشرين أو بغير زيادة لفظ مثل أن يقول الشاهدان أقر له بخمسة وعشر ، ويقول الآخران : بل أقر له بعشرين وهي تفرقة لها حظ من النظر . وقد مضى هذا المعنى في نوازل أصبغ من كتاب التخيير والتمليك . وفي رسم الصبرة من سماع يحيى من كتاب الشهادات وفي نوازل سحنون منه .

وأما قولُ سحنون إذا اختلفا في الربح فادعى كل واحد منهما أن الثلثين له فالقولُ قول العامِلِ لأنّ ذلك عمل يده بمنزلة الصانع يكون القولُ قولَه في الإجارة إذا ادعى ما يشبه لأنه هو البائع لعمل يده ولَِما أدخل من الصنعة . فإنه قولٌ صحيحٌ من جوابه فَاسِدٌ من اعتلاله ، إذ لم يكن القولُ قولَ الصانع فيما يدعي

من الأجرة إلاّ إذا أشبه قولُهُ من أجل أنه بائع لعمله ولما ادخله من الصنعة ، إذ لو صحت هذه العلةُ لَوَجَبَ أن يكون القولُ قولَ بائع الثوب في ثمنه إذا أشبه قولُهُ. وهذا ما لا يصح ، وإنما كان القول قول الصانع في مبلغ الأجرة من أجل أن الشيء المصنوع كالرهن في يده بما يدعي من الأجرة في عمله ، ولو اختلفا في الأجرة بعد دفع الشيء المصنوع إلى ربه لكان القولُ قولَ رب الثوب إذ لم يبق بيد الصانع ما يشهد له على ما يدعي من الأجرة . وأما العامل في القراض فالقولُ قولُهُ فيما يُقِرُّ به لصاحب المال إذا أشبه فإن لم يشبه كان القول قول رب المال إذا أشبه أيضاً . فإن لم يشبه حلفا جميعاً وكان له قراض مثله ، وان نكل أحدهما وحلف الآخر وقد أتيا جميعاً بما لا يشبه كان القولُ قولَ الحالف منهما على ما ادعاه وإن لم يشبه لان صاحبه قد امكنه من جميع دعواه بنكوله . وكذلك أن أتَى أحدُهُما بما يشبه كان القول قولَ الذي أتى منهما بما لا يشبه ، فإن نكل عن اليمين أيضاً كان القول قول الذي أتى بما يشبه دون يمين . فإن أتيا جميعاً بما يشبه ونكلا عن اليمين كان للعامل ما ادعاه دون يمين . وإن نَكَلاَ جميعاً إذا أتيا بما لا يشبه كان له قراض مثله كما إذا حلفا . فهذا وجه الأيمان فيما بينهما في هذه المسألة على معنى ما وصفه في صدر الكتاب في المسألة الأولى . لأن ذلك إنما يكون إذا لم تكن لهما بينة أو كانت لكل واحد منهما بينة فتكافأتا في العدالة فسقطتا . وأما إذا لم تتكافيا فالأيمان بينهما ، لأن الحكم أن يقضي بالأعدل منهما ، فقوله وإن لم تتكافيا لفظ وقع على غير تحصيل وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له فإن دفع إلى رجلين مالاً قراضاً فعملا بالمال ثم أتيا ومعهما مائتا دينار فقال أحدهما رأس ماله مائة دينار والربح مائة ، وكذبه رب المال وقال الآخر : رأسُ المال مائتان وصدَّقه رب

المال . فإن كان الذي زعم أن رأس المال مائتان عدلاً حلف رب المال مع شاهده واستحق المائتين وإن كان غير عدل قيل لهما أعطيا المائة التي اجتمعتما عليها لأنها رأس المال فيأخذ من هذا خمسين ومن هذا خمسين وبقيت في يد كل واحد منهما خمسون ويقال للذي أقر أن رأس المال مائتان أعط ما في يديك لأنه لا ربح لك حتى يتم رأس المال ، ويقال للآخر الذي بقي في يديه خمسون ما في يديك من المال قد زعمت أن نصفه لك ونصفه لرب المال ، والنصفُ الآخر لرب المال في يدي الذي أقر أنه لا ربح في المال ، فأنت تصدق على ما في يديك من المال فلا يلزمك أكثرُ مما أقررت به .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه إذا دفع اليهما المال قراضاً فقد حصلا شريكين في العمل به على الإشاعَةِ ، فكأن المالَ بيد كل واحد منهما نصفه . وإن كان بيد أحدهما جميعه ، فالذي يقر أَنَّ رأس المال مائتان مقر على نفسه أنه لا حق له في المال وشاهد على صاحبه فيما يدعى من أن رأس المال مائة والمائةُ الثانيةُ ربح ، فوجب أن يحلف[١٠] مع شهادته إن كان عدلاً كما ذكر ويستحق المائتين ، وإن لم يكن عدلاً كان للثاني بعد يمينه أن رأس المال مائة وأن المائة الثانية ربح على ما تقدم في المسألة التي قبل هذه من أن القول قول العامل إذا اختلف مع رب المال في عدد رأس المال ما يجب له من المائة التي زعم أنها ربح ، وذلك خمسة وعشرون ديناراً ، لأن نصف الربح لرب المال والنصف الثاني فيما بينه وبين صاحبه بنصفين ، وسكت عن اليمين للعلم الحاصل بها، فإن نكل عن اليمين حلف رب المال أن رأس ماله مائتان وأخذ جميعها ولم يكن لواحد منهما شيء، هذا وجه قوله في الرواية . وما قاله فيها من أنه يأخذ من هذا خمسين ومن هذا خمسين وبقيت

---

(١٠) الضمير في يحلف عائد على رب المال .

في يد كل واحد منهما خمسون ، فيقال للذي أقر أن رأس المال مائتان أعط ما في يديك لأنه لا ربح لك حتى يتم رأس المال إلى آخر قوله هو كلام ساقه على طريق التقريب. لا على سبيل التحقيق ، لأن المال لم يكن بيد كل واحد منهما نصفه ، إذ لو اقتسماه وانفرد كل واحد منهما بالعمل بنصفه لكانا متعديين في ذلك ، ولَوجب إنْ ربحَ أحدُهما وخسر الآخر لا تجبر الخسارة من الربح ، وأن يكونا ضامنين جميعاً للخسارة التي خسرها أحدهما لرب المال ، ويكون الربح الذي ربحه الآخر بينهم نصفه لرب المال ونصفه بينهما على ما شرطوه ، ولكنه لما كانا يتجران به جميعاً على الإشاعة فكان نصفه بيد كل واحد منهما ، لأنه وإن لم يكن كذلك في الحقيقة فهو كذلك في المعنى وما يوجبه الحكم والله الموفق .

مسألـــة

قيل له أرأيت لو أتيا بثلاثمائة دينار والمسألة على حالها فاختلفا ، فقال أحد العاملين رأسُ المال مائةٌ والربحُ مائتان وكذبه رب المال وقال العامل الآخر بل رأس المال مائتان والربح مائة وصدقه بذلك رب المال قال : يقال للعاملين قد اجتمعتُما على رأس المال أنه مائة فأخرجاها ، فيخرج كل واحد منهما خمسين ، ويبقى بيد كل واحد منهما مائة مائة ، وإن كان الذي أقر أن رأس المال مائتان عدلاً لم يحلف رب المال مع شاهده لأنه جَارٌّ إلى نفسه . ألَا ترى أنه إذا بقيت في يديه مائة قال له رب المال اعطنيها فإنه لا ربح لك منها لأنك مقر أن رأس المال مائتان ولا ربح لك إلَّا بعد إستيفائي رأس مالي ، فمن هناك سقطت شهادته . ألَا ترى أني لو أجزت شهادته لأخذ رب المال المائةَ منهما جميعاً ويبقى بيد كل واحد منهما خمسون فيصيرُ له ربح ما بقي بيده ، فلما جَرَّ بشهادته إلى نفسه طرحت شهادته ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم . **قال لا**

تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولا جار إلى نفسه . فلما سقطت شهادته وأخذ رب المال ما اجتمعا عليه من رأس المال وهي المائة التي أخرج كل واحد منهما خمسين خمسين وبقيت في يد كل واحد منهما مائة . قيل للمُقِر إن رأس المال مائتان هات ما في يديك لأنه لا ربح لك إلَّا بعد الإستيفاء لرأس المال ، فيؤخذ منه فيستوفي رب المال رأس ماله،ثم يقال للآخر الذي زعم أن المال الذي في يديه ربح له ولرب المال هات شطرَها ، وإنما لم يُؤخذ منه أكثرُ من شطرها لأنه زعم في إقراره أن لرب النصف في أيديهما جميعاً وأنه لم يقر لرب المال فيما في يديه بأكثر مما ادعى لنفسه ، وإنما هو كرجل قال لرجل ما في يدي نصفٌ لك ونصفٌ لي ، فلم يقر له إلا بمثل ما أقر لنفسه ، فليس لرب المال مما في يديه إلَّا نصف ما في يديه وهو خمسون،وليس للمقر الذي زعم أن رأس المال مائتان في يدي رب المال من الخمسين التي صارت فضلاً حجة أن يقول له قد بلغتك رأس مالك ، وقد صار في يديك فضل خمسين فلا تذهب بها دوني ، لأنه يقال له أنت مقر أن لرب المال نصف الربح ، وأنك لا تدخل عليه في نصفه ، وإنما دخولُك على صاحبك ، وصاحبك يجحدك ، ألا ترى أن الزوج يقر بأخ مع إخوةٍ كانوا ورثة معه معروفين أنه لا يدخل عليه في شيء قال سحنون : وقد قيل في العامل إنه يرجع عليه في النصف الذي في يديه فيقاسمه على ثلاثة أسهم للعامل سهم وسهمان لرب المال .

قال محمد بن رشد : قوله وإن كان الذي أقر أن رأس المال مائتان عدلاً لم يحلف ربُّ المال مع شاهده لأنه جَارٌّ إلى نفسه صحيح ، لأنه يدعى أن المائة ربح فله منها خمسة وعشرون على دعواه ولصاحبه خمسة وعشرون ويقر أن لرب المال مائتي رأس ماله وخمسون نصف المائة الربح ، فإن أعملنا

شهادته مع يمين رب المال استوجب من الربح خمسةً وعشرين ربع المائة الربح على قوله ، وإن لم تعمل شهادته وجب أن يحلف صاحبه على ما يدعى من أن رأس المال مائة فيستحق إذا حلف من الربح خمسين ديناراً ربع المائتين الربح على قوله ، ويأخذ رب المال الباقي وذلك مائتان وخمسون بإقراره أن رأس المال مائتان ، إذ يجب له على قوله من المائة الربح نصفُها فلا يجب له على إقراره شيءٌ إذ لم نُعْمِلْ شهادَتَه وإن أعلمتَها وجب له خمسة وعشرون . فوجب من أجل هذا ألاّ نُعمِل شهادته وأن يأخذ صاحب المال مائتين وخمسين بإقراره له بها وصاحبُه خمسين بيمينه أن رأس المال مائة ولا يكون له هو شيء .

ووجهُ القول الثاني في أنه يرجع على رب المال في النصف الذي في يديه من الربح وهو خمسون ديناراً فيقاسمه إياها على ثلاثة أسهم ، له سهم ولرب المال سهمان هو أنه يدعى من الخمسين الربح نصفها إذ يجب له من الربح خمسة وعشرون على ما يزعم من أن رأس المال مائتان ، ورب المال يدعي أن له الخمسين كلها فتقسم الخمسون بينهم على الثلث والثلثين كَمَالٍ يتَدَاعَى فيه رجلان ، يدعى أحدهما جميعَه والثاني نصفَه على المشهور من مذهب مالك في هذا النوع من التداعي . ويتخرج على هذا التوجيه في المسألة قولٌ ثالث ، وهو أن يقسم بينهما أَرْبَاعاً لأن العامل قد سلم له نصف الخمسين وينازعه في النصف الآخر منها بينهما بنصفين ، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم في هذا النوع من التداعي . وإلى القول الثاني ذهب محمد بن المواز . قال ولا يحسب على رأس المال شيء من الظلم ولا التلف إنما يقع ذلك على الربح . وروى عن أشهب خلافُه وأن لكل واحد من العاملين ما يدعيه من الربح فيأخذ الذي أقر أن رأس المال مائتان خمسةً وعشرين ، لأنه هو الذي يجب له من ربح المائة ، ويأخذ الذي ادعى أن رأس المال مائةٌ ، خمسين بعد يمينه أن رأس المال مائةٌ على ما تقدم ، لأنه هو الذي تجب له من ربح المائتين . وهو قول رابع في المسألة له حظ من النظر ،

وذلك أن العامل الذي أقر أن رأس المال مائتان أحق بحظه من المائة الربح إذ لم يقر به لأحد والخمسون التي يجب منها لرب المال قد استحق العاملُ الثاني عليه نصفَها بيمينه أن رأس المال إنما كان مائةً وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له أرأيت لو أن رجلاً أخذ مالاً من رجل قراضاً على النصف وأخذ من رجل آخر أيضاً مالاً على الثلث ، فاشترى سلعتين صفقتين بثمنين مختلفين بكل مال على حياله ، فالتبس عليه الأمر فلم يدر أيتهما السلعة الرفيعة الثمن من الأخرى، وفي أحد السلعتين ربح وفي الأخرى نقصان ، فادعى كل واحد منهما السلعة الرفيعة أنه اشتراها بماله ، على المقارض ضمان(١١) . فقال ليس على المقارض ضمان لأنه هو كرجل استودع مالين لرجلين لرجل مائة والآخر خمسون فنسي صاحب المائة من صاحب الخمسين ، وادعى الرجلان المائة أنهما يحلفان جميعاً على المائة ويقتسمانها ، والخمسون الأخرى بيد المستودَع ليس لها مدع ، ومن رأى أنه يضمن المستودَعُ مائةً لكل واحد بغير يمين إذا ادعى كل واحد منهما أن وديعته مائة ضمنه فمسألتك في القراض مثلُ ما وصفتُ لك في الوديعة .

قال محمد بن رشد: قوله فالتبس عليه الأمر فلم يدر أيتهما السلعة الرفيعة الثمن من الأخرى يريد أنه التبس عليه الأمر في السلعتين فلم يدر أيتهما الرفيعة التي فيها الربح من الوضيعة التي لا ربح فيها ، ولو علم من أي مالٍ اشترى كل سلعة منها لما صح أن يتداعى صاحب المالين في السلعة الرفيعة

---

(١١) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ ، وقد سقط الاستفهام . والأصل : هل على المقارض ضمان ؟

ولوجب أن يكون من المال الذي قال المقارَض إنه اشتراها منه ، ولم يكن في ذلك كلام ولا خلاف . فقولُه إذا لم يدر المقارَض من مال من اشترى السلعة الرفيعة فيتداعيا فيها إنّ ذلك بمنزلة من استودع مالين لرجلين لأحدهما مائة وللآخر خمسون فنسي صاحبَ المائة من صاحب الخمسين ، وادعيا جميعاً المائة إنهما يحلفان عليها ويقتسمانها وتبقى الخمسون بيد المستودع ليس لها مودع إلى آخر قوله . يقتضي ألّا يلزم المقارَض ضمانٌ بنسيانه ، ويحلف كل واحد من صاحبي المال على السلعة الرفيعة أنه إشتراها من ماله ، ويكون من ماليهما جميعاً نصفها من مال هذا ونصفها من مال هذا ، وتبقى الأخرى بيد المقارض إذا لم يكذب أحدُهما نفسَه في دعواه السلعة الأولى ويقول بل هذه هي التي اشترى من مالي فتكون من ماله ويخلص السلعة الأولى كلها . وفي هذا اختلاف ، قد قيل إنه لا يقبل دعواهما فيه بعد أن أَنْكَرَاهَا . وقيل إنها تكون لهما بإقرار المقارَض أنها لأحدهما وإن كانا متماديين على إنكارها . وقولُ سحنون في هذه المسألة إن المقارَض لا يلزمه ضمان لنسيانه من اشترى السلعة من ماله يأتي على قياس رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح في الرجل يقر بالوديعة لأحد رجلين لا يدري من هو منهما ؟ أنه لا يلزمه غيرُها وتكون بينهما بعد أَيْمَانِهما . ومثل قول ابن كنانة في مسألة الرجل يأخذ من الرجل ثوباً من كل واحد منهما على أنه فيه بالخيار فيردهما ولا يعرف ثوب هذا من ثوب هذا ويدعيان جميعاً أحدَهما ويُنكر الآخر ، إن الثوب الذي ادعياه يكون بينهما بعد أيمانهما ويبقى الآخر بيد المشتري حتى يأتي له طالب . وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في سماع يحيى من كتاب بيع الخيار . ويأتي في هذه المسألة على قياس ما مضى في رسم القطعان من سماع عيسى من هذا الكتاب في المقارَض بالمالين يزعم أنه ربح خمسين ديناراً لا يدري من أي المالين، أنه لا شيء له من الخمسين وتكون لصاحبي المالين أن يلزمه لكل واحد منهما ضمانُ الثمن الذي اشترى به السلعة من ماله . وهي رواية أَبِي زيد عن ابن القاسم في سماعه بعد هذا . قال هما مخيران بين أن يضمناه السلعتين

ويأخذ أموالهما ، وبين أن يأخذ السلعتين فتباع بهما ويعطي كل واحد منهما رأس ماله ويكون للمقارض ربحه إن كان فيهما ربح . وحكى عن ابن كنانة مثل قول ابن القاسم خلاف ما حكيناه عنه في مسألة الذي يأخذ الثوبين من الرجلين بالخيار فَتَخْتَلِطُ عليه . وقال عن ابن القاسم إلّا أن تكون قيمة السلعة الأدْنى أكثرَ من الثمن الذي اشترى به السلعة الأولى فلا خيار لهما في تضمينه ، وتكون السلعتان على القراض على قدر أموالهما . وقال محمد بن المواز إنْ اتفقت قيمتهما فلا حجة لصاحب الأكثر على صاحب الأقل ولا على العامل ، وإن اختلفت غرم العاملُ فضلَ قيمة الرفيعة على الدنية لأن كل واحد منهما يدعي الرفيعة ويرجو ذلك ، والعامل لا يدفعهما وإنما تعتبر قيمتهما اليوم وهو نحو رواية أبي زيد فتدبر ذلك كله وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل سحنون عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً ثم إن العامل عمل به وربح فحاسبه رب المال فأخذ ربحه وترك المال عند العامل ثم زاده رب المال آخر مثل الذي كان دفع إليه أولاً فعمل بالمالين جميعاً فربح فيهما . قال يقسم الربح على المالين جميعاً فما صار للمال الأول كان على قراضهما وما صار للمال الثاني كان لرب المال ، ويكون له أجرةُ مثله . قلت فلو خسر؟ قال سحنون تحسب الخسارة على المالين جميعاً فما أصاب المال الأول من الخسارة جُبِر بالربح الذي وصل إلى العامل وإلى رب المال ، ويكون للعامل أُجرة مثله في المال الآخر ولا ضمان عليه فيما خسر فيه لأنه فيه أجير وليس له فيما ربح فيه شيء وهو في المال الأول على قراضه .

قال محمد بن رشد : جواب سحنون في هذه المسألة على مذهب

ابن القاسم في المدونة أن المُفَاصَلَةَ لا تتم بينهما إلا بقبض المال لا بالمحاسبة خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وغيرهما من أصحاب مالك حاشى ابن القاسم فيجوز على ما ذهب إليه ابن حبيب وحكاه عن أصبغ أن يدفع إليه مالاً آخر بعد أن حاسب في المال الأول وقبض ربحه منه على أن يخلطه ويعمل فيهما معاً، كان على ذلك الجزء أو على جزء آخر ، ولا يجوز إلا بخلطه به ويعمل بكل مال على حدة إذا كان على جزء آخر . وأما إن كان على مثل الجزء الأول فقد قيل إنه يجوز ، ذكره ابن المواز في قول ، وهو ظاهر ما في المدونة . وقيل إنه لا يجوز حكى ذلك ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه ، فإن دفع اليه مالاً آخر قبل أن يفاصله في المال الأول وفيه ربح أو خسارة على مثل الجزء الأول أو أقل أو أكثر على أن يخلطه به لم يجز . قال ابن حبيب في الواضحة : فإن عمل على هذا قسم الربح على عدد المال الأول حين يخلطه بالمال الثاني وعلى عدة الثاني فتكون حصة الأول من الربح بينهما على شرطهما .

ولا يجبر نقصانُ واحد من المالين بربح المال الثاني ، وحصةُ المال الثاني على قراض مثلهما على غير شرط أن يخلطه بالأول لأنها زيادة داخلة في المال غير خارجة عنه . وقال فضل : وهو مذهب ابن القاسم في المستخرجة ، لأنها زيادة داخلة في المال . ولا أعرف هذه المسألة في المستخرجة في روايتنا . وقد رأيت للفضل أنه يرد في المال الثاني إلى إجارة مثله على مذهب ابن القاسم في المدونة مثل قول سحنون ها هنا ، لأنه جعل شرط الخلط مثل ما لو اشترط إن وضعتَ في هذا المال الثاني جَبَرْتَهُ من الأول فصارت زيادة خارجة اشترطها رب المال لنفسه مع الغرر إذ قد يخسر وقد لا يخسر وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل سحنون عن الرجلين يأخذان المال من رجل قراضاً هل

يجوز لهما أن يقتسما المال إن أحبا ؟ . قال : ليس ذلك لهما ، قيل فلو أن رجلين دفع اليهما رجل مَالاً وديعة هل يجوز لهما أن يقتسماه ؟ قال : ليس ذلك لهما وجميع ما سألت عنه من المقارضين والمستودعين واحد لا يجوز لهما أن يقتسماه فإن فعلا فتلف المال لم يضمنا .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفي في رسم إن امكنتني من سماع عيسى وبالله التوفيق .

مسألة

قيل لسحنون أرأيت الرجل يدفع إلى الرجل المال قراضاً ويأذن له في أن يُبْضِعَ إن أَحَبَّ فيعرض لرب المال سفرٌ فَيُبْضِعُ معه العاملُ ، فلما جاء البلدةَ عرف رب المال الخريطة وعرف المال أنه ماله بعينه ، فاشترى به لمن ترى الفضل ؟ قال أراه لرب المال لأن العامل لم يشتر به شيئاً ولم يعمل له فيه ، وليس هذا من سنة القراض أن يبضع العامل مع رب المال .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأنه إنما أذِن له أن يبضع مع غيره لا معه . هذا هو الوجه الذي يعرف في إذنه له في ذلك .

مسألة

وقال سحنون في رجل أخذ تسعة وثلاثين ديناراً قراضاً فربح العامل في المال ديناراً تَمَّ على المال الحولُ : إن الزكاة تخرج من الأربعين ديناراً كلها قبل أن يقتسما الذي ربح ، ثم يقع على المقارض في نصف ديناره حصة الزكاة ما يقع عليه من الأربعين ، ليس عليه أكثرُ من ربع عشر نصف الدينار الذي ربح ، ليس يقع عليه

أكثرُ من الحصة من جميع الأربعين .

قال محمد بن رشد : هذا هو المشهور في المذهب أن العامل يجب عليه في حَظِّهِ الزكاةُ وإن كان أقل من نصابٍ إذا كان في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة ، أو في رأس مال رب المال وجميع الربح ما تجب فيه الزكاة . وقد قيل إنه لا يجب عليه في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة ، ويكون أيضاً في حظه من الربح ما يجب فيه الزكاة. وهذا القول تأوله محمد بن المواز على ابن القاسم ولا يُوجِدُ له نصاً ، والثلاثةُ الأقوال كلها استحسان ليست بجارية على أصل ولا قياس . وقد مضى بيان هذا كله في رسم أوله مسائل بيوع من سماع أشهب فلا معنى لإعادته .

مسألة

وسئل سحنون عن الرجل إذا أخذ المال قراضاً يعمل به ثم أخذ منه رب المال ماله وللعامل ثياب يلبسها كان اشتراها لسفره من مال القراض هل يكون لرب المال أن يأخذ منه الثياب التي كان يلبس العامل؟ قال: إذا كانت ثياباً لها قدرٌ وبالٌ فإنها ترد وتباع ويدخل ثمنها في جملة مال القراض، وإن كانت ثياباً خَلِقَةً تافهة ليس لها قدر تركت للعامل كما قال مالك في القِرْبَةِ والحبل والشيء الخفيف.

قال محمد بن رشد : هذا نحو ما مضى في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم ونحوُ ما في الموطأ، وهو مما لا اختلاف فيه احفظه وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل سحنون عن المقارض يُسْلَبُ هل يكتسي من مال القراض؟ قال نعم.

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله، لأنه إذا كان من حقه أن

يكتسي في سفره من مال القراض[١٢] إذ فرق بين الأولى والثانية وبالله التوفيق.

مسألة

وسُئِل سحنون عن نَصْرَانِي دفع إلى نصرَانِي مالاً قراضاً فاشترى النصرانِي بذلك المال خمراً فأسلم ربُّ المال والخمر قائمة في يد المقارَض لم تُبَع وهي حين أَسْلَمَ رب المال في ثمنها ربح أَوْ لاَ ربح فيها، والعاملُ يقول خذ خمرك ورب المال يقول إِنَّمَا قارضتك بمال ولم أقارضك بخمر فأدفع إليَّ مالي، وكيف إن قال رب المال أدفع إلى هذا الخمر يكسرها فإنه لا يَحِلُّ لي ملكها، فقال الآخر لا، أدفع إليك فيذهب ربحي ! ! أو قال أنا أنتظر بها الأسواق ؟ قال سحنون: هي مصيبة وقعت على رب المال، وينظر إلي قدر فضل النصراني فيها فيعطي منها ويهراق ما صار للمسلم.

قال محمد بن رشد: قولُ سحنون في نوازله الثانية من كتاب المديان والتفليس في المركب من الروم يُرْسِي بساحل المسلمين ومعهم الخمر للبيع وغير ذلك إن السلطان لا يجبرهم على بيعها للعشور، ولكن يوكل من يتحفظ بها حتى إذا بيعت أخذ من ثمنها العشور معارض لقوله في هذه المسألة. وقد مضى الكلام على ذلك هناك فلا معنى لإعادته.

من سماع اصبغ بن الفرج
من عبد الرحمان بن القاسم من كتاب البيوع والصرف

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يدفع إلى الرجلين

---

(١٢) كذا في الأصل وفي نسخة ق ٣: وفيه بتر، والصواب: فيجوز له أن يَكْتَسِيَ اذا سلب، إذ لا فرق بين الأولى والثانية.

المال قراضاً فيختلفان في المال عند من يكون منهما. قال: إذا كان ذلك نظر إلى صاحب المال فَاتُّبع قولُهُ فإن حَضَرَ الاشتراءُ أَحْضَرَاهُ. قلت فإن اختلفا في الاشتراء أو البيع وقال هذا لا أراه؟ قال: لا بد لهما من أن يجتمعا ويتسالما وإلا رد المال وانسلخا منه، وليس للسلطان في هذا مَقالٌ ولا نظر. قال: وهذا في رأيي ما لم يُقْبَضْ المالُ فإذا قبض فهو إلى من دفعه ربه عند مقارضتهما إن كان دفع إليهما جميعاً، وإن كان أحدهما فأحدهما وليس للآخر بعدُ كلام ولا مقال إذا كان يعلمه قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يتكلم فجمعت ذلك وتكلمنا معه فيهما.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القولُ فيها مستوفى في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب البيوع والصرف

قال وسألته عن الذي يدفع إلى الرجلين المال قراضاً على أن لصاحب المال النصف ولأحدهما الثلث وللآخر السدس والعمل بينهما على قدر ذلك. قال ليس في هذا خير، قال أصبغ: وإذا وقع فسخ ما لم يقع العمل ويفوت فإن فات بربح أو وضيعة وفراع[١٣] رأيت أن ينفذ ذلك إذا لم يكن فيه اشتراط على صاحب السدس بأكثر من جُزْئِهِ من العمل، والنظرُ والكفايةُ لهما جميعاً فإن كان كذلك وفات كانا على شرطهما في الأجزاء وكان للعامل فضل زيادة العمل الذي اشترط عليه بأجرة مثله.

قال محمد بن رشد: كراهيةُ ابن القاسم لمقارضته إياهما على أجراء

---

(١٣) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣.

مختلفة هل يكون العمل بينهما على قدر أجزائهما من الربح بقوله ليس في هذا خير، ضعيفةٌ على أصله في المدونة إذ لم يراع فيها اختلافَ العاملين في النفاد في التجر والبصر به. فقال إنه إذا قارضهما على أن يكون أحدهما بسدس الربح وللآخر الثلث إن ذلك لا يجوز لأنه كأنه قال لأحدهما أعمل مع هذا على أن لك ربح بعض عمل هذا. فالذي يأتي على تعليله في المدونة وهو الظاهر من قوله فيها أنه إذا قارضهما على أن لأحدهما ثلث الربح وللآخر السدس والعمل بينهما على قدر ذلك أن ذلك جائز، لأن الشركة بين العاملين على هذا جائزة، لو دفع إليهما المال قراضاً على النصف من غير شرط فاشتركاهُمَا على العمل فيه على الثلث والثلثين على أن يكون على صاحب الثلث من العمل الثلث وعلى صاحب الثلثين الثلثان لجاز، وإنما تصح الكراهية في ذلك على مراعاة اختلاف العاملين في البصر بالتجر. وعلى ذلك يأتي اعتراض سحنون في المدونة عن ابن القاسم بقوله : أو ليس قد يجوز لصاحب المال أن يدفع المال قراضاً على النصف وأقل من ذلك وأكثر؟ وهو اعتراض بين ، ألا ترى أنه لو قارض أحدهما في مائة دينار على انفراد على أن يكون له ثلث الربح، وقارض الآخر في مائة على انفراد على أن يكون له ثلثا الربح فاشتركا جميعاً في العمل بإذن صاحب المال دون شرط لَوجب ألاَّ يكون لواحد منهما من الربح إلاَّ ما اشترط فيأخذ صاحب المال جميع ربح المائتين ويأخذ الذي قورض في المائة على الثلثين الثلث والذي قورض في المائة الأخرى على الثلث السدس. فوجه الكراهية في ذلك على هذا أن العاملين لم يرض الذي هو أَبْصَرُ بالتجارة من صاحبه أن يكون له من الربح على قدر عمله إلاَّ بما شرط عليه صاحب المال ، فكأنه قال لِلْمُقْصِرِ في التجر منهما أعمل مع هذا على أن يكون لك من الربح مائة. وهذا القولُ أظهر، ألا ترى أنه لو دفع إليهما المال قراضاً على غير شرط فعملا فيه جميعاً ثم اختلفا في قسمة الربح بينهما لوجب أن يقسم بينهما على أن يكون حظه من الربح بينهما بنصفين، أو على أن يكون لأحدهما من الربح الثلث وللآخر السدس والعمل عليهما على قدر ذلك جاز على أصل ابن القاسم في المدونة، وكَرِهَهُ في هذه الرواية، فإن فات

بربح أو وضيعة مضى على شرطهما. وإذا قارضهما على أن يكون لأحدهما من الربح الثلث وللآخر السدس والعمل بينهما بنصفين جاز على ما يدل عليه مذهب سحنون في اعتراضه على ابن القاسم، وهو الأظهر على ما ذكرناه، ولم يجز على مذهب ابن القاسم. قال فضل: القياس على مذهبه أن يُرَدَّ العاملُ إلى قراض المثيل، لأنها زيادة داخلة في القراض. والصحيح عندي في القياس على مذهبه أن يُرَدَّ إلى إجارة المثيل. ألا ترى أنه قال في المدونة كأنه قال لأحدهما إعمل على هذا على أن لك ربح بعض عمل هذا فما اشترط رب المال من المنفعة لأحد العاملين، فكأنه إنما يشترطها لنفسه لماله من القراض في جر النفع إليه. يبين ذلك المسألةُ الواقعة بعد هذا في الكتاب. ومسألة المدونة إذا دفع اليه مالاً على أن يجعله معه من يبصره بالتجارة.

وقولُه فإن كان كذلك. يريد فإن كان الشرط أنَّ الربح بينهما على الثلث والثلثين والعمل عليهما بنصفين كانا على شرطهما في الأجزاء، وكان للعامل فضل زيادة العمل الذي اشترط عليه بأجرة مثله. فهو خلافُ قوله في المدونة، لأنه لم يراع الشرط وإلّا فسد به القراض إذ جعل الربحَ بينهما على شرطهما وأرجع الذي عمل أكثر من جزئه من الربح بأجرة مثله في الزايد. فَجَعَلَ الكلامَ إنما هو بين العاملين كالمتزارعين على الثلث والثلثين مستويان في العمل ويسلمان في العمل في مُزَارَعَتِهِمَا من كراء الأرض بما يخرج منها على ما ذهب إليه ابنُ حبيب من أنهما لا يُحَوِّلَانِ عن شرطهما، ويتعادلان فيما يخرجان، وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فاشترى سلعة، ثم إن العامل قال لصاحب المال: هل لك أن أدفع إليك مالك على أن يكون فلان بمثابتك في الربح متى ما بعنا فإن كان ربحٌ قاسمته إياه كما أقاسمك، فرضي بذلك. قال: هذا حرام لا يحل. وقاله أصبغ وهو مُغَارَرَةٌ وبيع غرر، وقليل في كثير وغير

ذلك من سلف جر منفعة وغيره من قبل ما يجر من الربح بما أعطي إلى من يُحِبُّ ممن يجعل في مثابة رب المال، فهو جار إلى نفسه بماله الذي عمل، فكل هذه الأوجه من الفساد والإغْرَار وأكثُرها تدخله ويجري فيه فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله إنَّ ذلك لا يجوز لأنه عجل رأس المال لصاحبه قبل أَنْ ينض جميعُه على أن يعطي حظه من الربح لمن يريد منفعة ورفعه، فيدخله سلف جر منفعة، والربحُ أيضاً غير معلوم قد يقل ويكثر فهو غرر وربا وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الذي يأخذ المال قراضاً على أن يُرسل فيه غِلْمَانَهُ ومن أحب ولا يخرج هو إن شاء، قال: لا يصلح.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم فلا معنى لاعادته.

مسألة

وسئل ابنُ القاسم عن الذي بقارض الرجل على أن يخرج إلى البحيرة أو الفيوم يشتري طعاماً، فقال: لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: إلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة أنه جائز ما لم يشترط عليه جلبَ ما اشترى هناك من السلع إلى هلم، أويسمى له سلعاً يشتريها هنالك ويأتي بها، أو يحمل من هنا إلى هنالك سلعاً يبيعها ثَمَّ فيكون فيه أجيراً لأنه رسول بأجرة غرر، وهو كله خلافُ ما في المدونة لأنه لم يُجِز فيها أن يدفع الرجل إلى الرجل مالاً قراضاً على أن يخرج به إلى بلد من البلدان يشتري به تجارة لأنه قد حَجَّرَ عليه ألَّا يشتري حتى يبلغ ذلك البلد. وروى الحارث عن ابن وهب أن مالكاً سئل عن رجل يقال له: أخرج إلى مالي في موضع كذا فاعمل به

قراضاً، قال: لا خيرَ فيه لِموضع قوله أخرج، وكـأنه رآه من وجه المنفعة. قال وسمعت مالكاً وسئل عن الرجل يكون بالمدينة وهو من أهل مصر، فسأل الرجل بالمدينة أن يعطيه مالاً قراضاً يبتاع به متاعاً بالمدينة ويخرج به إلى مصر ويبيعه ويدفع إليه رأس ماله وما يصيبه من الربح في نصيبه إلي وكيله بالفسطاط. قال مالك: لا بأس بذلك فرُوجع في ذلك وقيل له: إنما أعطاه المال على أن يبتاع به ويخرج إلى مصر ألاَ تراه شرطاً؟ قال هذا لا بأس به هي بلده وإليها يخرج. وروى ابن أبي أُوَيْس عن مالك مثلَه. وقول مالك هذا في رواية ابن وهب وابن أبي زيد وابن أبي أوَيْس ليس بخلاف لما في المدونة. والحجة في جواز ذلك جعل عمر بن الخطاب المال الذي دفعه أبو موسى الأشعري إلى عبد الله وعبيد الله ليبتاعا به متاعاً بالعراق ويبيعانه بالمدينة قراضاً بإشارة مَنْ أشار عليه بذلك من جُلسائه وبالله التوفيق.

ومن كتاب الزكاة والصيام

وسئل أشهب عن رجل أخذ من رجل تسعة عشر ديناراً قراضاً فربح فيها ديناراً فصارت عشرين أفيها الزكاة؟ قال: إن كانا لم يكونا تقاسماً قبل الحول ففيها نصف دينار يزكي التسعةَ عشر ديناراً رُبُعُ عشرها، ويدفع بقيتها إلى ربها ويزكي الدينار رُبُعُ عشره، ثم يقتسمان ما بقي بينهما على قراضهما. وقاله أصبغ وقال ابن القاسم جملة: إنَّ فيها الزكاة.

قال محمد بن رشد: قول أشهب وأصبغ إن العامل يجب عليه في ربحه الزكاة مع جملة المال إذا كان في جميعه بحظ العامل ما تجب فيه الزكاة، هو مثلُ ما مضى من قول مالك في رسم الزكاة من سماع أشهب. وهو مذهب سحنون، خلافُ المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن العامل لا

يجب عليه في حظه من الربح زكاة حتى يكون في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة.

وأما اشتراطهما في ذلك إن لم يكونا تقاسما قبل الحول فهو مثلُ ما في كتاب الزكاة من المدونة أن العامل لا يجب عليه في حظه من الربح زكاةَ حَتًّى يَمُرَّ الحولُ عليه من يوم يدفع المال إليه وإن لم يعمل به إلاّ قبل أن يحول عليه الحول بيسير. خلافُ ظاهر ما في كتاب القراض منها أن الزكاة تجب عليه في حظه من الربح وإن لم يحل الحول عليه من يوم دفع إليه إذا كان قد حال الحول على رأس مال رب المال وربحه من يوم أفاد أو زكاة. وهو ظاهرُ قول ابن القاسم في هذه الرواية. وظاهرُ قوله فيها أيضاً أن الزكاة تجب عليه في حظه من الربح إذا كان في جملة المال بربحه كله ما تجب فيه الزكاة. خلاف المشهور من قوله وروايته عن مالك مثل قول أشهب. وروايته عن مالك ومثل قول سحنون وأصبغ وبالله التوفيق.

من نوازل
سئل عنها أصبغ بن الفرج

قال سئل أصبغُ عن الرجل يدفع إلى الرجل مالاً قراضاً على أنَّ الثلث لرب المال وللعامل الثلثان فيقول العامل بعد القبض والإشهاد أنا خارجٌ أَكْتَرِي دابةً وأخرج، فيقول رب المال أنا أكري منك دابة على أن تعطني نصف ربحك وهو الثلث، فيكون لي من الربح الثلثان، ويكون لك الثلث. فيقول نعم فيعمل على ذلك فيربح أو يخسر، مالذي يكون للعامل أو لرب المال. قال أصبغ: أرى أن ينظر إلَى أمر الدابة وركوبها، فإن كان أمرُها يسيراً ليس بزيادة لها بال إلى سفر من الأسفار كثيراً، أو كثير المؤنة وبال مما لو اشترطها بَدْءاً عند أصل

القراض لجاز لخفة ذلك ويسارته. فأرى القراض صحيحاً، وأرى لرب الدابة شرطه وأراه كفاسخٍ القراضَ الأول، فيقارضه ثانية بزيادة في الشرط، لأنه لم يعمل ولم يخرج، وقد كان لرب المال استرجاع ماله على هذا، فهو كقراض مستأنف له كما لو لم يكن بينهما ذكر دابة ولا كراء، فيقارضه على الثلث فلم يخرج حتى بَدَا لرب المال فاستغل ذلك فرجع إليه فسأله أن يزيده في الشرط ويأخذه على النصف أو يرده، ففعل كان ذلك جائزاً، وكان ذلك له ولم يكن به بأس، وحمل أمرهما على الأمر الثاني. فكذلك هذا في مسألتك إذا كان أمر الدابة خفيفاً مما قد كان يجوز اشتراط مثلها مع القراض ونحوها بمثلها، فإن كان على غير ذلك وكان لها بال وزيادة بينة في القراض وعون كبير يسافر عليها إلى مصرٍ من الأمصار ويحمل عليها الأمر الغليظ الذي يكف غيره من الأكرية ويكون زيادة بينة كبيرة فالقراض فيها فاسد ولو ابْتُدِيء، فكذلك في عاقب مسألتك حين أراد الخروج فجعله له بتلك الزيادة بالشرط وبما يخرج ويستوجب العمل والقراض فهو كالإبتداء به، وهو فاسد عندي وينقض ما لم يفت، فإن فات بالعمل فهو أجير على قول ابن القاسم في الزيادة إنه بها أجير ويذكره زَعَمَ عن مالك، والربح والنقصان لرب المال، وعليه للعامل إجارة مثله كالرسول والأجير.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إن القراض ليس بإجارَة تلزم بالقول، وهو يشبه في بعض حالاته الجُعل ويفارقه في أكثر أحواله، فله حكم على حياله يشبه المساقي إلا أنه لا يلزم بالعقد ولا بالقبض، وكل واحد منهما بالخيار ما لم يُشْغَلْ المالُ أو بعضه أو يسافر به، فإن شغله لم يكن له أن يرده ولا كان لرب المال أن يسترده حتى ينض. وكذلك إن سافر به لم يكن له أن يرده في غير البلد الذي أخذه فيه ولا لرب المال أن يأخذه منه بعد أن شخص

به ، فإذا كانا بالخيار وإن تشاهَدَا على القراض بجزء اتفقا عليه ، فجائز أن يتفاسخاه إلَى قراض آخر يبتدئانه على ما يجوز فيه من الشروط وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن المقارض يعمل بالمال منه فيفاصِل صاحبَه ويقتضي حصته من الربح وله مال لا يحمل في مثله الزكاة وقد حال عليه الحول إلَّا أنه إذا جمع إلى ما ربح في القراض صار ما تجب فيه الزكاة، هل يضمه إلى ربح هذا القراض فيزكيه معه؟ أم يجعل ربح هذا القراض كالفائدة وإن كان قد أخرج زكاته فيضمه إلى ماله الذي كان في يديه ويستقبل حولاً .؟ قال أصبغ : قد أسقطت المأخذ في مسألتك وحجتك، أما تعلم أنَّ المقارَض الذي ذكرتَ يصير له بعد الحول في ربحه لا ما يجب فيه الزكاة أنه يزكيه وإن لم يكن مالاً . وهذا قول مالك في موطإه وغيره كثير من قوله وروايةُ أصحابه واجتماعُهم عليه وقولهم به أصلاً من أصله وأصولهم، فأين يدخل إن كان له مال؟ هذا ليس بشيء في سؤالك. هذا خطأ والزكاة عليه فيما أصاب بعد أن يكون قد حال المال بيده كما استثنى مالك ما قل منه أو كثر، فلما كان هذا هكذا وَاجِباً لم يكن ذلك مـالاً يضيفه إلى فائدة إن كانت عنده لم يجب فيها شيء ولا غيره مما يعيد عند ذلك فافهم إن شاء الله.

قال محمد بن رشد : قد تكررت هذه المسألة في نوازل أصبغ من كتاب زكاة العين،وهي ها هنا أكْمَلُ وأبينُ ومرادُ أصبغ في الموضعين جميعاً أن المقارَض لا يضم مالَه من مال قد حال عليه الحول ولا يبلغ ما تجب فيه الزكاة إلى ما ربح في القراض فيزكيه مكانه إن كان يبلغ بإضافته إليه ما تجب فيه الزكاة وإن كان قد زكى الربح ، ولكنه يضيفه إليه ويستقبل به حولاً من أجل أن الربح وإن كان قد زكاه فلم يزكه على ملكه وإنما زكاه على ملك رب

المال بدليل أنه يزكيه وإن لم يبلغ ما تجب فيه الزكاة. ولم يذكر في السؤال الحجة التي احتج بها عليه السائل في أنْ يضيف ماله من مال قد حال عليه الحول ولا تجب فيه الزكاة إلى ربح القراض الذي زكاه فيزكيه مكانه إنْ كان يبلغ بإضافته إليه ما تجب فيه الزكاة، فَضَعَّفَهَا هو وقال له قد أسقطت المأخذ في مسألتك وحجتك. فيحتمل أن يكون احتج عليه بأن ربح العامل مزكي على ملكه لا على ملك رب المال بقول مالك وابن القاسم إن الزكاة لا تجب عليه في ربحه حتى يحول عليه الحول من يوم قبضه، فأسقط هو حجته عنده التي احتج بها عليه بأنه لو كان الربحُ الواجبُ له في القراض مزكي على ملكه لما وجب عليه فيه الزكاة وإن كان قد حال عليه الحول من يوم قبضه إلاَّ أنْ يبلغ ما تجب فيه الزكاة. ولعمري إن الحجة لكل واحد منهما على صاحبه فيما احتج به عليه لازمة له إذا لم يكن حظه من الربح مزكي على ملكه ولا أعتبر فيه النصاب، فيلزم ألَّا يعتبر فيه الحول. وهو ظاهر ما في كتاب القراض من المدونة أن المقارض يجب عليه في حظه من الربح الزكاة وإن لم يقم المالُ بيده حولاً إذا كان في رأس مال رب المال وحصته من الربح ما تجب فيه الزكاة، ولأنه أيضاً إنْ قلت إنَّ حظه من الربح مزكي على ملكه ولذلك اعتبرتَ الحول في حقه من يوم قبض المال وصار في يده، فيلزم أن يعتبر فيه النصاب وألَّا تجب عليه فيه الزكاةُ إلَّا أن يبلغ ما تجب فيه. وهذا القول تأوله محمد بن المواز على ابن القاسم ولا يُوجِدُ له نصاً، فالمسألة على كل حال غير راجعة إلى أصل ولا جارية على قياس إذ لم يعتبر في ذلك ملك أحدهما دون صاحبه على انفراد في النصاب والحول كما اشترط فيها الحرية والإسلام وعدم الدَّين ولا ملكهما جميعاً في ذلك أيضاً، كما اشترط فيهما الحرية والإسلام وعدم الدين. وقد مضى القولُ على هذا المعنى في رسم أوله مسائل بيوع من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألـة

قيل له فالمساقي يصير في حصته من الثمن وَسْقَانِ يجـد من

نخل له ثلاثة أوسق هل يضم جميع ذلك فيزكيه أم لا زكاة عليه إلا في الوسقين ؟ قال أصبغ . وهذه أيضاً كنت تستدل عليها بمسألة المساقي الذي لا تمر له سواه ، تخرج مساقاتُه خمسة أوسق فإنما يصير له بعضها أن عليه أن يزكي ما صار له ولا يسقط الزكاة حين فرضت في الجميع بخمسة أوسق ووجبت كما وجبت في القراض الزكاة عليهما جميعاً إذا كان عشرون فصاعداً ، فهذه وتلك سواءٌ ، على العامل أن يزكي ما كان له واجباً ، فلما كان ذلك عليه لم يضف إلى غيره مما لم تجب وكان هذا بزكاته وسنته وهذا بسنته .

قال محمد بن رشد : أما المساقاة فلا اختلاف أحفظه في أن زكاة ثمرتها كلها حظ المساقى وحظ رب الحائط مزكاة على ملك رب الحائط لا على ملك العامل ، فلا تعتبر شرائط وجوب الزكاة من الحرية والإسلام والنصاب إلا في حق رب الحائط لا في حق العامل ، فالزكاةُ واجبة في تمر الحائط المساقي إذا بلغ بِجُمْلته ما تجب فيه الزكاة أو لم يبلغ بجملته ما تجب فيه الزكاة إلا أن لرب الحائط حائطاً غيره فيه من التمر ما إذا أضافه إلى تمر حائط المساقاة وجبت فيه الزكاة إذا كان حراً مسلماً . وإن كان العامل في الحائط عبداً أو نصرانياً .

وإن جَـدَّ المساقي من نخل له ثلاثة أوسق أو أربعة أوسق فلا تجب عليه فيها الزكاة وإن كان قد صار له في حظه من تمر المساقاة ما إذا أضافه اليها وجبت فيها الزكاة ، كان قد زكى ببلوغ تمر الحائط ما تجب نيه الزكاة أو لم يزك ، لأنه إن كان زكى فإنما زكى على ملك رب الحائط لا على ملكه . وهذا ما لا اختلاف فيه . فكان وجه القياس أن يرد ما اختلف فيه من زكاة حظ العامل من ربح القراض إلى ما اتفق عليه من زكاة حظ العامل من تمر المساقاة ولكنهم لَمْ يَقُولُوا ذلك فانظر فيه وبالله التوفيق .

مسألــة

قلتُ فالمزارع إذا زارع على النصف والثلث أو الربع أو الخمس إذا صار في سهمه مَا لَا تجب فيه الزكاة غيرَ أنه إذا جمع الجميع وجبت فيه الزكاة ؟ فقال : هو مثل هذا .

قال محمد بن رشد : مسألة المزارع هذه مخالفة للأصول وليست كالمساقاة ، لأن العامل في المزارعة شريك ، ومن قول مالك وجميع أصحابه أنه لا زكاة عليه حتى يبلغ حظه ما تجب فيه الزكاة ، لا اختلاف بينهم في ذلك . والمسألة مضروب عليها في كتاب أحمد ، وذكر أنها لم تصح لأبي صالح ، ويحتمل أن يريد أن المزارع كالمساقي في أنه إذا رفع من زرعه الذي بينه وبين شريكه ما لا تجب فيه الزكاة ولو زرع على انفراد لا تجب فيه إلا أنه إذا أضافه إلى ما رفع مع شريكه وجبت فيه الزكاة أنه لا زكاة عليه فيه . فتصح المسألة على هذا التأويل وإن كان فيه بعدٌ ، لأن هذا الوجه يستوي فيه المزارع والمساقي وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل لأصبغ أرأيت الرجل يبعث إلى الرجل بمائة دينار يشتري له بها طعاماً على أن نصف الربح لرب المال والنصف فيما بينه وبين العامل وشرطا أنَّ ما كان فيه من وضيعة فعلى العامل ربعُ الوضيعة ، كيف العمل إن جاء ربح أو وضيعة ؟ قال أصبغ : أراه كالسلف وأراه سلفاً لرب المال وأرى الربح والوضيعة على الربع والثلاثة أرباع ، وللعامل إجارة مثلـه في كفاية الثلاثة أرباع وعنايته والقيام فيها في الاشتراء والبيع .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأنه لما شرط أن له ربح ربع

المال وعليه وضيعة حُكِمَ له بحكم السلف إذ هذا وجه من وجوه أحكامه ، فحمله عليه وصار كأنه أسلفه ربع المال على أن يشتري له طعاماً بثلاثة أرباعه ويبيعه له فوجب أن يكون ضامناً لرُبع المال في ذمته ، ويكون له إجارة مثله في شرائه الطعام بثلاثة أرباعه وبيعه ، ولو عُثِرَ على هذا قبل الشراء لفسخ الأمر بينهما وقبض ماله . ولو لم يعثر عليه إلَّا بعد أن اشترى الطعام وقبل أنْ يبيعه لوجب أن يُقاسِمه الطعامَ فيأخذ ثلاثة أرباعه ويعطيه أُجرةَ مثله في ابتياعه ، ويأخذ منه ربع المائة دينار يتبعه بذلك ديناً ثابتاً في ذمته ، يُباع عليه فيها حصته من الطعام وما سوى ذلك من ماله وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد : قال ابن القاسم في رجل اشترى جارية من مال القراض فوطئها فحملت فقال اشتريتُها للقراض . قال : لا(١٤) لأنه يتهم أن يكون أراد بيع أم ولده . قيل له فإن أتى على ذلك بشاهدين أنه اشتراها للقراض ؟ قال : تباع .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم لا قسامة في العبيد من سماع ابن القاسم وفي رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى ، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال ابن القاسم في رجل دفع إلى رجل مائة دينار قراضاً فخسر فيها خمسين ، فأتى إلى أخ له فأخبره بما خسر وقال إني أحب

---

(١٤) بياض بالأصل وبنسخة ق ٣ ، ولعله : قال لا تباع .

أن تسلفني خمسين ديناراً حتى أُريها صاحبي فتطيب نفسه ، فإذا رآها أعطيتُك مالك فلما دفع احتبَس صاحبُ المال مالَه أترى إن قام بخمسين على صاحب المال أن يأخذها . فقال نعم إذا كان قد أشهد على ذلك وأخبر بما خسر .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : إن له أن يأخذ الخمسين متاعه من صاحب المال إن كان قد أشهد على المقارض بما ذكر من أنه خسر في المال وأنه دفعها اليه على الوجه الذي ذكره ، وذلك إذا كان ما ادعاه من خسارة الخمسين يشبه ، ويكون القول قوله في ذلك مع يمينه ولو لم يشبه قوله أو نكل عن اليمين أو لم يُعرف قوله إلا بإقراره به على نفسه بعد دفع المال لم يكن لصاحبه اليه سبيل إلا أن يعرف المال بعينه أنه له ببينة عدلة لم تفارقه وبالله التوفيق .

مسألــة

وعن رجل دفع إلى رجل ألف دينار فأخرج الرجل من عنده مائة فكان صاحب المائة هو الذي عمل في المَال ، والربح بينهما ، فكانا يتحاسبان كل سنة فيتقسمان ذلك ، ثم إنه خسر في آخر ذلك ، قال : يرد ما ربح من أول ثم يقتسمان الربح على عدة المال ويكون للعامل صاحب المائة أجرة عمله في الألف .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنه دفع إليه ألف دينار على أن يضيف إليها مائة من ماله ويعمل بها ويكون الربح بينهما بنصفين فَرآهُ قراضاً فاسداً رَدَّهُمَا فيه إلى إجارة المثل . ولذلك قال في الجواب يرد ما ربح من أول ثم يقتسمان الربح على عدة المال ويكون للعامل صاحب المائة أجرة عمله ، والفسادُ في ذلك إنما هو بما وقع فيه من شرطِ خَلْطِ مال القراض إلى ماله لا بما شرط عليه من أن يكون له نصف ربح الجميع ، لأن ذلك يرجع إلى جزء

معلوم كَأَنَّهُ دفع إليه ألفه قراضاً على أن يكون له من الربح خمسة أعشاره ونصف عشره . وذلك خلافُ مذهبه في المدونة ، لأن الذي يأتي على مذهبه فيها في شرط خلط مال القراض بغيره أن يُرَدَّ العاملُ فيه إلى قراض مثله وهو قول ابن حبيب، لأنها منفعة داخلة في المال غير خارجة عنه ولا مفصلة منه. وقد قيل إن ذلك يكره فان وقع مضى ، وهو قول أصبغ وروايتُه عن ابن القاسم . وقيل يجوز ابتداء وهو قول أشهب . فالذي يأتي في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم في المدونة أَنْ يُرَدّ العاملُ إلى قراض مثله في الألف للأعوام كلها ، وتجبر الخسارة في العام الآخِر من ربح الأعوام المتقدمة كما قال ، إلاّ أن يكون كلما حاسبه وقبض حصته من الربح قال له اعمل بما في يدك قراضاً مُؤْتَنَفاً فلا يجبر ما خسر بعد ذلك من الربح المتقدم على ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وغيرهما من أصحاب مالكٍ إلاّ ابن القاسم . وأما على مذهب ابن القاسم في المدونة فهما على القراض من أول ما دفعه إليه وإن حاسبه في كل سنة وقبض حصَّته من الربح وقال له اعمل في يديك قراضاً مؤتنفاً ، وكذلك على مذهبه الذي قد نص عليه وإن أحضر المالَ ما لم يدفعه اليه ثم يرده عليه على قراض مؤتنف . وقد قيل إنهما على القراض الأول إذا رده اليه في الحين حتى يطول الأمر ويبرأ من التهمة ، وقد مضى هذا المعنى في سماع سحنون وبالله التوفيق .

مسألــة

وعن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فابتاع به سلعة فقال صاحبُ المال قد نهيتك عنها ، ويقول العاملُ لم تَنْهَنِي عنها ، قال : يحلف العاملُ أنه ما نَهَاهُ ويكون القولُ قولَه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، وهو مما لا اختلاف فيه لأنه رب المال مدع عليه العدا ويريد تضمينه ، وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن المقارَض يشتري المتاع بِنَظِرَةِ أيَّامٍ . قال : لا خير فيه لأنه يضمن ذلك الدَّين إذا تلف ، وإن ربح فيه أعطاه نصف الربح .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا اشترى سلعاً بجميع المال فليس له أن يشتري متاعاً بنظرةٍ على القراض، فإن فعل لم يكن له المتاع على القراض، وكان الربحُ له والوضيعة عليه. وهذا قوله في كتاب ابن المواز وهو ظاهر ما في المدونة وإن أذن له رب المال في ذلك إلَّا أن يأذن له في أن يشتري على القراض على أنه إن ضاع مالُ القراض كان ضامناً لذلك في ذمته فيجوز وتكون السلعة على القراض . ولا يقام من قوله في هذه الرواية إن ربح فيه أعطاه نصف الربح أنه إن فعل ذلك يكون المتاع على القراض فيكون الربح بينهما والنقصان على القراض . لأن المعنى في ذلك إنما هو أنهما عملا على ذلك ولا خير فيه ، فلا يكون الحكمُ في ذاك على ما عملا عليه وكان الربح للمقارَض والنقصان عليه ، وهذا في غير المُدِير وأما المُدِيرُ فله أن يشتري على القراض بالدَّين إلى أن يبيع ويقضي . وقد مضى هذا المعنى في رسم القبلة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألـــة

قلت له : أرأيت لو حضروا المحاسبةَ فجاء بماله كله إلا عشرة دنانير بقيت في دين . فقال صاحب المال أنا آخذ هذه السلعة بعشرة دنانير تكون ديناً لك علي . قال: لا خير فيه، قيل له أرأيت إن جهلا ذلك حتى عملا به وفات المتاع ، قال : أرى عليه قيمة المتاع .

قال محمد بن رشد : قد مضى القولُ على هذه المسألة والاختلافُ

فيها مستوفى في أول سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته ، وقد مضت المسألة أيضاً في رسم تأخير صلاة العشاء في الحرس من سماع ابن القاسم ، وفي رسم القطعان من سماع عيس وبالله التوفيق .

مسألــة

وعن رجل دفع إلى رجل مالاً يعمل فيه فيسير في سفره ثم يبدو لصاحب المال فيريد أخذ ماله فيُدْركُه في بعض الطريق فيأخذ ماله على من ترى نفقة العامل وهو راجع ؟ قال : على صاحب المال حتى يرجع إلى أهله .

قال محمد بن رشد : هذا خلافُ ما في المدونة إلا أن يريد هنا أن العامل رضي بذلك . قال محمد بن المواز : وكذلك لو ابتاع تجارة أو سلعة ليسافر بها فمات رب المال فليس للورثة ولا للوصي منعُه إلا أن يرى الامام لذلك وجها . قال أحمد ما لم يكن سفراً يطول أمره جداً . وأما إذا أراد الوصي أخذ المال وبعضه عين لم يكن ذلك له حتى ينض جميعه . ولا ينبغي للعامل أن يُحْدِثَ فيه حدثاً يريد أنه ليس له بعد موت رب المال أن يشتري بالمال إذا كان لم يشتر به شيئاً بعدُ وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : ولو أن رجلاً دفع إلى رجل عشرة دنانير قراضاً ودفع إليه آخر عشرين ديناراً قراضاً فاشترى بها سلعتين لا يدري بأيتهما اشترى واحدة منهما ، قال : فإنهما بالخيار إن أحبا أن يضمناه السلعتني ويأخذا أموالهما فَعَلا ، وإن أحبا أن يأخذا السلعتين فَعَلاَ فإن أخذاهما بيعتا لهما ، فأعطى كلٌّ واحد منهما رأس ماله وأعطى المقارض ربحه إن كانا أعطيا على النصف أخذ نصف الربح واقتسماه جميعاً

الباقي على قدر أموالهما وإن ضمناه مالهما وبرئا من السلعتين فإن كانا فيهما نقصانٌ فعليه النقصان ، وله الربح إن كان فيهما ربح . قال أبو زيد : أخبرني ابنُ كنانة وابن القاسم في هذه المسألة على نحو هذا . قال ابن القاسم إلا أن تكون أدنى السلعتين خيراً من عشرين أو ثمن عشرين فلا خيار لهما ، فيكونان على قراضهما على قدر أموالهما لأنهما ليس لهما في هذا كلام يقول أحدُهما لا أدري أيتهما سلعتي ، وهذه السلعة قد نقصت من عشرين ، فإذا كانت أدنى السلعتين أدنى من عشرين بيعتا فأخذ صاحبُ العشرة عشرته وصاحب العشرين عشرتيه وكان الفضل بينهما على قدر رؤوس أموالهما ، وكان للعامل في كل مال من الربح ما اشترط .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة قد مضى الكلام عليها في نوازل سحنون بما لا مزيد عليه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابنُ القاسم عن رجل دفع إلى رجل مائة دينار قراضاً فعمل فيهـا ثمانية أشهر ثم تحاسبا فجاءه برأس ماله وبقي الربح في سلعته ثم بيعت السلعة عند رأس الحول فصار للعامل عشرون ديناراً؟ فلازكاةعليه ،(١٤م)ويستقبل بها حولا، قيل له : أرأيت لو أن العامل اشترى سلعة بالمائة التي كانت قراضاً في يديه فباع نصفهـا بمائة دينار ودفع إلى صاحب المال ، وقال صاحب المال أقر نصف تلك السلعة قراضاً بيني وبينك ؟ قال : لا خير فيه إنما هي الآن شركة ولا يصلح إلاَّ أن يعملا فيها جميعاً. قلت له : أرأيت لو أن العامل عمل

(١٤م) هو جواب ابن القاسم وقد سقط في الكلام « قال ».

في المائة ثمانية أشهر فجاءه بخمسة وتسعين ديناراً وبقيت خمسة من المائة وما ربح في سلعة ، وأنفق صاحبُ المال الخمسة والتسعين أو لم ينفقها ، ثم باع تلك السلعة عند رأس الحول بخمسة وعشرين ؟ قال : إن كان صاحب المائة أنفق الخمسة وتسعين لم يكن عليه زكاة الخمسة عشر الدينار التي يأخذها من مقارضه ولا على العامل ، وإن كان لم ينفق الخمسة وتسعين فإنه يضم الخمسة عشر إليها فيزكيهما جميعاً ، ولا زكاة على العامل في العشرة حتى يحول عليها الحولُ .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم في هذه الرواية إنه إذا قبض رب المال جميع ماله قبل الحول ثم صار للعامل بعد الحول من السلعة الربح التي كان أبقاها بيده عشرون ديناراً فلا زكاة عليه فيها . ويستقبل حولاً ظاهرُه خلافُ ما تقدم من قوله في سماع سحنون إنه سواء قبض رب المال قبل الحول جميع رأس المال أو بعضه إن صار لرب المال بعد الحول في نصيبه من الربح ما تجب فيه الزكاة أو فيما أبقاه بيده من رأس ماله مع حصته من الربح ما تجب فيه الزكاة وجبت على العامل في حصته الزكاة ، لأنه إذا كان في حظ العامل من الربح عشرون ديناراً كان في حظ رب المال منه مثلُ ذلك . إلاَّ أن يتأول أن الربح كان بينهما على الثلث لرب المال والثلثين للعامل فلا يكون قولُه في هذه الرواية على هذا التأويل مخالفاً لقوله في سماع سحنون ، وهو تأويل محتمل ، غير أنه لم يره محمد بن المواز وذهب الى أنه إذا قبض رب المال من العامل قبل الحول جميعَ رأس ماله فلا زكاة على العامل في حظه من الربح الذي أبقاه بيده إلى أن حال عليه الحول وإن صار في حظ كل واحد منهما ما تجب فيه الزكاة .

وأما إن قبض رب المال من العامل قبل الحول بعض رأس المال وأبقى بيده بعضاً فصار له بعد الحول فيما أبقاه بيده من رأس ماله وفي حصته من الربح ما تجب فيه الزكاة فإنه يجب على العامل في حصته الزكاة قلت أو كثرت

وهذا ما لم يختلف فيه قول ابن القاسم . وأما إن كان لم يبلغ ما أبقاه بيده من رأس ماله مع حصته من الربح ما تجب فيه الزكاة فزكاه . وذهب محمد بن المواز إلى أنه إذا كان قد بقي بيد رب المال مما قبض قبل الحول ما إذا أضافه إلى الخمسة التي أبقاها بيده من رأس ماله وإلى العشرة التي وجبت له من الربح فزكاها وجب على العامل أن يزكي من العشرة التي وجبت له من الربح ما يقع منها للخمسة التي أبقى بيده من رأس المال ، وذلك نصف دينار . لأن رأس المال مائة فالخمسة التي أبقى بيد العامل منها نصف عشرها ونصف عشر الربح دينارٌ له منه نصفه فيخرج زكاة نصف دينار من العشرة الربح التي صارت له، وذلك تَنَاقُضٌ إذ لا فرق فيما يجب على العامل في حظه من الزكاة بين أن يجب على رب المال زكاةُ ما أبقى بيده مع ما يصير له من الربح ببلوغ ذلك ما تجب فيه الزكاة ، أو بإضافته إلى ما بقي بيده مما قبض منه قبل الحول .

وقولُه إذا قال رب المال أقر نصف تلك السلعة قراضاً بيني وبينك إنّ ذلك لا خير فيه لأنها شركة ولا تصلح إلا أن يعملا فيها معناه إذا قال له اعمل بها كلها قراضاً على أن يكون لك نصف الربح ولي النصف إذْ هي مشتركة بينهما بنصفين . وأما لو أراد أن يعمل بها كلها فتكون حصته منها هي القراض فيكون له ربح الجميع لما كانت شركة ، ولكان قراضاً فاسداً من جهتين ، أحدهما القراض بالعروض . والثاني اشتراطُه عليه أن يضيف العاملُ ماله الى مال القراض فيعمل بهما معاً . وقد مضى حكم القراض بالعروض في غير ما موضع فلا معنى لإعادة ذكره وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال ابن القاسم في رجل ممن يُدِيرَ دفع إلى رجل مالاً قراضاً فاشترى العامل سلعة فَبَارَتْ عليه فَحَلّ حولُ صاحب المال أترى أن تُقَوّمَ السلعة التي بيد مقارَضه . قال : لا ، لأنه لا يدري أيربح أم

يخسر ؟ ولكن إذا قبض ماله زكاه لِمَا مَضى من السنين ، وكذلك قال مالك .

قال محمد بن رشد : قولُه فاشترى العامل سلعة فبارت عليه دليلٌ على أنه كان مديراً وإذا بارت على المدير سلعته فلا يخرج بذلك عن حكم الإدارة ، فإذا كان في حكم المدير وإنْ بارت عليه سلعته وجب ألّا يقوم رب المال مع ماله الذي يدير ما بيد مقارَضه إذا كان يدار على ما في كتاب القراض من المدونة وفي غيرها من أنّ مال القراض لا يزكي إلّا عند المفاصلة وإن أقام بيد العامل أعواماً فيزكيه عند المفاصلة ، لِمَا مضى من الأعوام على قيمته ما كان بيده في كل عام زادت قيمته في كل عام أو نقصت ، وقيل إنه إن نقص في العام الثاني عَمّا كان عليه في العام الأول زكاة للعام الأول على ما رجع إليه في العام الثاني إلّا ما نقصته زكاة العام الأول ، وإنما يقوم رب المال في كل عام ماله بيد مقارَضه إذا كان هو يديرُ والعامل لا يدير قيل فيزكي رأس ماله وحصته من الربح خاصة دون حصة العامل منه . وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب زكاة العين . وقيل بل يزكي رأس ماله وجميع الربح وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، وقد فَرَغْنَا من تفسير هذه المسألة في غير هذا الديوان والحمدُ لله رب العالمين .

تم كتاب القراض

كتاب الوصايا الأول

من سماع ابن القاسم من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون أخبرني ابن القاسم سمعت مالكاً قال في الرجل يوصي بأن يُعتق عنه وأن يُحْمَلَ بمال في سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثاً فيريد بعضُ الورثة أن يُنَفذ ذلك وينظرَ فيه معه . قال : إن كان وارثاً رأيت ذلك عليه وإن لم يكن المستخلَف وارثاً فليس ذلك عليه إلاّ فيما تبقى منفعته للورثة : العتق وما أشبهه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أنّ الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثاً من ورثته فليس له أن يغيب على تنفيذ ذلك سائرُهُم ولمن قام منهم أن ينفذ ذلك وينظر معه فيه مخافة أن يكون أوصى لهم بالوصية والوصيةُ للوارث لا تجوز إلاّ أن يجيزها الورثة . وسواء له سمّىٰ له الميت ما يُنَفِّذُها فيه من عتق أو صدقة مال في السبيل أو بما سوى ذلك من وجوه البر على ما في هذه الرواية ، أو كان قد فَوّض إليه جعل ذلك حيث أراه اللّه على ما قاله في رسم الشريكين بعد هذا . وأنه إذا استخلف على ذلك غيرَ وارث فليس عليه أن ينفذ شيئاً من ذلك بحضرتهم ولا لهم أن يكشفوه عن

ذلك . قال في الرواية إلاَّ فيما تبقى منفعتُهُ للورثة العتق وما أشبهه ، والمنفعة التي تبقى في العتق هو الولاء الذي ينجر عن المتوفي إلى من يرثه عنه ، فلا يختص بذلك الورثة دون غيرهم إذ قد يرثه من لا ينجر إليه من الولاء بشيء ، ومن البنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات . وقد ينجر إلى من لا يرثه ممن حجب مِن ميراثه من الإخوة والعصبة ، فلا حق في كشف الوصي الأجْنَبِيّ عن العتق ، إنما هو لمن ينجر إليه الولاء عن الميت وإن لم يكن وَارِثاً له ولا كَلام في ذلك لمن لا ينجر إليه الولاء عنه وإن كان وارثاً له ، والذي يشبه العتق في بقاء المنفعة فيه للورثة هو الإخدام والتعمير والتحبيس ، فأما الإخدام والتعمير فالحق فيه لجميع ورثته لأن المرجع في ذلك اليهم، وأما التحبيس فمنها ما يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس ، ومنه ما يُخْتَلَفُ هل يرجع إلى ورثته أو إلى أقرب الناس به حسبما مضى تحصيلُهُ في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ، فالحق في الحبس الذي يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس لمن يرجع إليه منهم ، والحق في الحبس الذي يختلف فيه هل يرجع إلى ورثته أو إلى أقرب الناس به لجميع ورثته وقرابته من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم أنه قد انفذه لِمَا قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو على اختلاف . وهذا في الوصي المأمون . وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا كلها من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ما قاله في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا : إن السفيه المُعْلِنَ المارِق يُكْشَفُ عن كل شيء الصدقة وغيرها وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون . ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت حسبما يأتي القولُ فيه في رسم حلف ورسم كتب عليه ذكر حق من هذا السماع وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال مالك : إذا أوصى بثلث ماله يجعله حيث أراه الله فليجعله في سبيل الخير ، وإن قال حيث شئت أو أَحْبَبْتَ فصرفه إلى أقاربه يعني أقاربَ الموصي أو إخوته فلم يُجِزْ الورثة ذلك فهي مردودة على كتاب الله . قال ابن القاسم إذا قال له حيث شئت فجعلها في بعض ورثة الميت . قيل له : إتق الله اجعلها في غيرهم ، فإن أَبَى إلّا فيهم ولم يُجِزْ ذلك الورثةُ كانت على موروثه على فرائض الله ، قلت ولا يجبره السلطان أن يجعلها في سبيل الخير ، قال لا ليس للسلطان في ذلك كلام .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنه إذا أوصى اليه بثلث ماله يجعله حيث أراه الله أنه يجعله في سبيل الخير لأنه لم يجعل الأمر في ذلك إلى اختياره ، وإنما وكله إلى اجتهاده في أفضل وجوه البر وليس له أن يأخذه لنفسه ولا لولده ولا لِأَحَدٍ من قرابته على ما قاله في رسم الشريكين بعد هذا وفي المدونة ، بخلاف إذا قال له اجعله حيث شئت أو حيث أحببتَ هذا إن أعطاه لولده أو لمن شاء من قرابته جاز ذلك . لأنه قد جعل الأمر فيه إلى اختياره ، فله أن يفعل فيه ما شاء ما عدا أن يجعله لبعض ورثة الموصي فلا يجوز ذلك له إلّا أن يجيزه الورثة ، لأنه يتهم أن يكون الميتُ أمره بذلك فتكون وصية لوارث . فمعنى قوله فصرفه بعض إلى أقارب الموصى أو اخوته أي أقاربه وإخوته الذين من ورثته ، ولو صرفه إلى أقاربه وإخوته وهم ليسوا من ورثته لجاز ذلك . لا فرق بين أن يصرفه لقرابته نفسه او لقرابة الموصي إذا لم يكن وارثاً له . وقول ابن القاسم إنه إن جعلها في بعض ورثة الميت قيل له أتق الله اجعلها في غيرهم . معناه ما لم يبتل ذلك لهم فإن بتله لهم فلم يجز ذلك الورثة كانت موروثةً على فرائض الله على ما قاله مالك ، فقول ابن القاسم ليس بخلاف لقول مالك والله الموفق .

مسألــة

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال فيمن أوصى بدين لوارث أو غير وارث وأوصى بعتق فأبطل ذلك الدينُ ولم يَجُزْ لمن أقر له به ، فإن ذلك العِتْقَ لا يكون إلّا في الثلث ما يبقى بعد ذلك الدين ، ولا تدخل الوصايا في شيء من ذلك الدَّين ، فإذا أوصى بوصايا لوارث أو غير وارث عتق العبد ولم تضره الوصايا قال ابن القاسم : وفرق بين الدين والوصايا في هذا ، لأن الرجل إنما يوصي فيما بعد الدين فإن كان صادقاً أو كاذباً لم يكن للعبد حجة إلّا فيما بعده ، لأن الرجل لو قال أعتقوا عبْدي بعد مائة دينار تدفعونها إلى وصيه له بدأه على ذلك جاز أو لم يجز لم يعتق العبد إلّا بعد تلك المائة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها ، لأن قوله فيمن أوصى بدين لوارث ، أو غير وارث معناه فيمن أقر بدين لوارث أو غير وارث . وقد بين ابن القاسم وجه قول مالك فيها بما لا مزيد عليه فلا وجه للقول فيها ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال مالك فيمن مات وقد أوصى بعتق بعض رقيقه فمرض بعضهم إنه يُقَوِّمُ مريضاً ولا ينتظر به الصحة مخافة أن يموت إذا جمع المال .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لأن الميت إذا مات وجب تنفيذ ما أوصى به من العتق وغيره ، فوجب ألّا يؤخر ذلك من أجل مرضه .

مسألــة

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال في رجل أوصى وأشهد

في وصيته أنه إن هلك من مرضه ذلك أو فيما بينه وبين سنة بكذا وكذا ، ثم سَلِمَ وجاز الأجل ثم هلك والوصية كما هي لم يغيرها ولم يوص بغيرها أنها جائزة ولا ينقضها توانيه ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا مثل أحد قولي مالك في رسم سلعة سماها بعد هذا . والقول الثاني أن الوصية لا تجوز إذا أبقاها بيده ولم يخرجها إلى غيره . وتحصيل القول في هذه المسألة أن الرجل لا يخلو في حين وصيته من حالين . أحدهما أن يكون صحيحاً دون مرض أصابه ولا سفر أراده وإنما أوصى لما جاء من التَّرغِيب في استعداد الوصية . والثاني أن يكون أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أراده لغزو أو غيره . فأما إذا أوصى في صحته دون سفر ولا مرض فَسَوَاءٌ قال فيها متى مَا مِت أو إن مت أَوْ اذا مت. وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكِتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره ، ينفذ على كل حال متى ما مات إلاّ أن يكون استصرف الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته وكذلك إن أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أراده فقال في وصيته متى ما مت وأما إن كان أوصى في مرض أصابه أو عند سفر أراده لغزو أو غيره فقال في وصيته إن مت ولم يزد ، أو قال من مَرَضِي هذا أو سفري هذا أو قال يُخْرَجُ عني كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال . فإن كان أشهد بذلك من غير كتاب فلا ينفذ الوصية إلاّ أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر ، وأما إن كان كتب بذلك كتاباً وضعه عند غيره فإنها تنفذ على كل حال متى مات وإنْ مات من غير ذلك المرض وفي غير ذلك السفر . واختلف قولُ مالك إن أقر الكتاب عنده ولم يضعه عند غيره فمرة قال ينفذ على كل حال متى ما مات، وَمَرَّةً قال لا ينفذ إلا إن مات من ذلك المرض أو في ذلك السفر . وجه القول الأول أن الوصية لما لم يكن لتنفيذها بمرض بعينه أو سفر بعينه قُرْبَةً في البر والأجر على غيره وكتب بذلك كتاباً أقره عند نفسه بعد صحته من مرضه أو قدومه من سفره دل ذلك على أنه أراد إبقاء الوصية على حالها ، ولعله لم

يقصد أوّلاً إلى تقيدها بذلك السفر أو المرض بعينه ، وإنما ذكره دون غيره لغالب ظنه أنه يموت فيه ، ووجه القول الثاني إتبَاع ما يقتضيه ظاهر اللفظ من التقييد . فالقول الأول أظهرُ من جهة المعنى . والثاني أظهر من جهة اللفظ . وكذلك إن قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أراده إن مت في هذا العام فيخرج عني كذا وكذا هو بمنزلة إذا قال إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا . وأشهب يقول إن قيدها بمرض بعينه فيجوز إن مات من مرضٍ غيره ولا يجوز إن مات في غير مرض وإن قيدها بسفر بعينه فيجوز إن مات في سفر غيره ولا يجوز إن مات في غير سفر ، وهو قول بعيد في النظر وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال مالك فيمن أوصى لِقَرَابَتِهِ أو ذوي قرابته . قال : لا أرى أن يدخل ولد البنات في ذلك . قال عيسى بن دينار : وينظر في ذلك على قدر ما يرى قريباً لم يترك من قرابته غيرها ولا يعني ولد البنات وولد الخالات .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك لا أرى أن يدخل في ذلك ولد البنات . ظاهره وإن لم يبق من قرابته من قبل أبيه يوم مات سواهم . وهو قول ابن القاسم في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس خلافُ قول عيسى بن دينار . ولأشهب في رسم أسلم من سماع عيسى بعد هذا أنه استحب أن يدخل في ذلك قرابتُهُ من قبل الرجال والنساء لأبيه وأمه . ومثله لابن أبي حازم في المدنية أنهم في ذلك شركاء شَرعاً سواء لا يُفضل منهم أحد على صاحبه .

فهي ثلاثة أقوال في المذهب . أحدها أنه لا دخول في ذلك لِقَرَابَتِهِ من قبل النساء بحال وهو قول ابن القاسم . والثاني أنهم يدخلون في ذلك بكل حال وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك وحكى ابن حبيب أنه

قولُ جميع اصحاب مالك . والثالث قولُ عيسى بن دينار أنه لا يدخل في ذلك قرابته من قبل النساء إلّا ألّا يبقى من قرابته من قبل الرجال أحد .

وأما إن لم يكن له يوم أوصى قرابةٌ إلّا من قبل النساء فلا اختلاف في أن الوصية تكون لهم على ما قاله ابن القاسم في رسم أسلم بعد هذا . وعلى ما قاله أيضاً في الواضحة من رواية أصبغ عنه ، قال : وكذلك إن كانوا قليلاً الواحد والإثنين .

ويختلف هل يقسم ذلك بينهم بالاجتهاد أو على السواء ، والقولان لابن القاسم في كتاب الوصايا ، واختار سحنون إذا كان المال ناجزاً أن يقسم بينهم بالسوية بخلاف غلة الحبس . وحكى ابن حبيب في الواضحة من رواية مطرف عن مالك أنه يقسم على الأقرب فالأقرب والأحوج فالأحوج على قدر الحاجة وقرب القرابة كما يقسم الأحباس ، ولا يلزم عمومهم على هذا القول ، وإنما يُسْتَحْسَنُ ذلك ومثلُهُ في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ أراه لابن وهب والله اعلم وأما على القول بأنه يقسم بينهم بالسوية إذا كان يحاط بمعرفتهم فيلزم عمومهم وبالله التوفيق .

مسألة

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال في الرجل يوصي بمائة دينار نقداً وَلِأَخَرَ بمائة دينار سلفاً فلم يحمل ذلك ثُلثُه ، قال : إن لم يجز ذلك الورثة نُظِرَ إلى قيمة ربحها مُعَايَنَة فيحاص بها ، وكان ما صار له في حصته بَتْلاً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن معنى السلف الانتفاع به للتجر وغيره ، فَيُنْظَرُ إلى ما يربح في المائة السلف إلى ذلك الأجل فيكون ذلك القدر كأنه هو الذي أوصى له به فيحاص به . ومثلُهُ في المجموعة لابن وهب وَعَلِيٍّ عن مالك . وقال عنه علي إلّا أن يكون أكثرَ من نصف الثلث فلا

يزاد ولا تكون المائة سلفاً أكثر من مائة بتلاً . وهو يحمل على التفسير لرواية ابن القاسم هذه وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم : وسمعتُ مالكاً قال فيمن أوصى عند موته بعتق مكاتبه وان يُكَاتَبَ غلامٌ له آخر فلم يحمل ذلك الثلثُ : إنه يبدأ بالمكاتب الذي اعتق لأنه عجل له العتق ولأنه لا يدري أتتم كتابة الآخر وعتقه أم لا .

قال محمد بن رشد : هذا بين صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها من أن الثلث إذا ضاق عن الوصايا يبدأ الأَوْكَدُ فالآكد منها فإن استوت في التأكيد حوص[1] فيما بينها وبالله التوفيق .

ومن كتاب قطع الشجر

قال مالك في الذي يوصي إلى رجل بولده ويترك ثلاثمائة دينار ويأمر الوصي أن ينظر لهم فيها ، فيتجر لهم فيها الوصي فتصير ستمائة دينار ، ثم يأتي دين على الميت ألفُ دينار ، أترى أن تدخل الستمائة دينار كلها في الدين ؟ وذلك أن الستمائة دينار لو أنفقها الوصيُّ على الورثة لم يضمنها الوصي له ، ولم يضمنها له الورثةُ المُوَلّى عليهم ، ولو كان الورثة كباراً كلهم لا يولي عليهم وليس

(١) كذا في الأصل وفي نسخة ق٣ : حوص ، ولعله من حاص يحوص الثوب خاطه خياطة متباعدة ، ويقصد بذلك الجمع بين المتساوين في التأكيد ، وهو من قبيل المجاز .

مثلهم يولي عليهم باعوا مالَ الميت ثم تَجِرُوا بما نَضّ في أيديهم من المال لم يكن عليهم إلا ما كان نض في أيديهم ، ولهم نماؤُه وعليهم نقصانه. وكذلك ما غابوا عليه من العين، وأما الحيوان الذي ورثوه ثم نما أو تلف فإنه ليس عليهم ضمان ما مات من ذلك إذا مات بأيديهم . قال ابن القاسم : أخبرني بهذه المسألة من أثق به عن مالك ، ولم اسمعها أنا من مالك .

قال محمد بن رشد : المخزومي يرى الربح للأيتام والضمان عليهم وسواء كان الذي ترك المُتوفي ناضاً أو عروضاً فباعها الوصي وتجز فيها للأيتام ، وفرّق ابنُ الماجشون بين العين والعروض . فقال في العين كقول ابن القاسم وقال في العروض كقول المخزومي . والاختلاف في هذا مَبني على اختلافهم في الدين الطارىء على الميت هل هو متعين في عَيْنِ التركة أو واجب في ذمة الميت . وقد مضى الكلام على هذه المسألة مستوفى في هذا الرسم بعينه من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس لتكرر المسألة هناك فاكتفينا بذلك عن إعادتها هنا مرة أخرى والله الموفق .

ومن كتاب أوله سلعة سماها

وسئل عن الرجل يدفع اليه السلطان مال الغلام المولى عليه فيحسن حاله فيدفعه اليه أترى أن ذلك بمنزلة الوصي إذا رأى من حال وليه ما يرضيه فيدفعه اليه ؟ . قال : إن ذلك عندي لخفيف ، أما كل من يَبِينُ أمرُهُ في سِنِّهِ وفضله فلا أرى عليه شيئاً ، وأراه يشبه الوصي في ذلك ، وأما كل من كان فيه شك فلا أراه مثله وكأنه يراه ها هنا ضامناً إلاّ أن يكون ممن لا يشك فيه فلا يرى عليه شيئاً فأراه مثل الموصي .

قال محمد بن رشد : ظاهرُ هذه الرواية أن الموصَى من قبل الأب يجوز إطلاقُه مَن إلى نظره من الوِلاَية ، ويُصَدَّق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله . وقد قيل إن اطلاقه لا يجوز إلاّ أن يتبين حالُهُ ويعلم رشده . وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماعه بعد هذا من هذا الكتاب .

وأما الوصي من قبل القاضي فقيل إنه يجوز إطلاقه إذا تبين حاله وعلم رشده . وهو ظاهر هذه الرواية ، فإذا عَقَدَ له بذلك عَقْداً ضمنه معرفة شهد آيَةً لرشده . وقيل إنه لا يجوز إطلاقُهُ بحال . وإلى هذا ذهب ابن زرب وهو دليل قول ابن القاسم في سماع أصبغ ، لأنه إذا لم يجر ذلك للوصي من قبل الأب حتى يتبين حاله ، فالوصي من قبل السلطان لا يجوز له ذلك بحال ، إذْ هو أضعف حَالاً ، وقد قيل إن اطلاق وصي القاضي من إلى نظره جائز بغير إذن القاضي وإن لم يُعرف ذلك إلاّ بقوله ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئِلَ عن رجل قال أنفقوا على فلان عشر سنين فعزلت نفقة عشر سنين ثم أنفق عليه فهلك بعد سنتين أو ثلاثة لمن ترى بقية ما بقي مما عزل ؟ قال أراه لورثة المُوصِي وليس لورثة الذي أوصى له منه شيء ، وإنما هذا عندي بمنزلة من يقول أنفقوا على فلان ما عَاشَ فيُعْزَل له مالٌ فيموت فيرجع ذلك لورثة الذي أوصى ، فهذا مثله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا أوصى أن يُنْفق عليه عشر سنين فعزلت نفقته العشر سنين فهلك بعد سنة أو سنتين إنَّ ما بقي يكون لورثة الموصي لأن المعنى فيما أوصى به أن يُنفق عليه عشر سنين إن هو عاش إليها ، وذلك بخلاف لو أوصى له بخدمة عبد عشر سنين أو بسكنى دار عشر

سنين هذا إن مات المخدَم أو المُسْكَن قبل تمام العشر سنين كان لورثته ما بقي من السنين في الإخدام والسكنى على ما قاله في المدونة وغيرها ، ولو أوصى أن يقام بإِخْدَامِهِ أو بإسكانه عشر سنين من غير تعيين لكان ذلك كالنفقة يرجع ما بقي منها إن مات قبل تمام السنين لورثة الموصي ، وهذا إذا حَمَلَ الثلثُ نفقةَ العشر سنين أو لم يحملها فأجاز ذلك الورثة وقطعوا له بالثلث في نفقة العشر سنين فيكون ذلك بتلاً لا يرجع شيء منه إلى ورثة الموصي على ما يأتي في رسم العارية من سماع عيسى ، وكذلك إن كان مع هذه النفقة أهلُ وصايا فيُحَاصُّوا معها يكون ما صار للنفقة بالمحاصة بتلاً للموصي له بها إن مات قبل أن يستنفذوه كان لورثته على ما في رسم العادية . وفي ذلك اختلافٌ سيأتي في غير ما موضع من الكتاب ، من ذلك ما وقع في أول رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب وفي آخر الرسم الأول من سماع أصبغ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الذي يوصي بالوصية ويكتب فيها إن مات في سفره هذا أو من مرضه هذا ثم صح فتركها على حالها ثم يموت بعد ذلك . قال : إن وضعها على يدي رجل رأيتُ ذلك مجزياً عنه . فقلت : أفرأيت إن كانت في سنة ؟ فكأنه أنكر ذلك ورأيته فيما أرى يرى ذلك جائزاً إذا كانت عنده وإن أشهد عليها إلاّ أن يضعها على يدي رجل . فقلت له : إنه قد أشهد عليها وهي عنده موضوعة ، فقال لي كَيْفَ ذَا يضعها عنده ويجوز ؟ . قال : لا ، كأنه يقول لا أرى ذلك قال سحنون : جيدة من قوله . وقد قال مالك في غير هذا الكتاب من كتاب باع غلاماً بعشرين ديناراً . قال ابن القاسم : وسمعتُ مالكاً يقول في الرجل يوصي بالوصية في مرضه أو عند سفره فيقول إن أصابني في سفري هذا أو في مرضي هذا موت فجاريتي

حرة ويوصي بوصايا ، ثم يصح من ذلك المرض أو يقدم من ذلك السفر ثم يمكث حيناً ثم يمرض فيموت فتوجد تلك الوصية بعينها ولم يُذْكَرْ لها ذُكْرٌ عند مَوْته ولا تغير ولا إجازة . قال مالك: أراها جائزة . قال سحنون قول مالك في المسألة الأولى أجود ، ولا يجوز إلا أن يكون أخرجها من يده وجعلها عند غيره وإلّا لم تجز .

قال محمد بن رشد : قد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من هذا السماع فلا معنى لاعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وسُئِلَ عن رجل قال : لمَوَالِي مائةُ دينار في وصيته أترى أن يدخل معهم موالي أبيه وأخيه ؟ قال : إنهم لموالي وما في ذلك أمر بين إلّا ما يستدل به عليه من كلامه ، وما يرى أنه أراد به الموصي من ذلك، قال أصبغ هذا إذا كان وَلَاؤ هُم قد رجع إلى هذا المُوصِي، فأما أن لم يكن ولاؤهم رجع إليه فلا يدخلون في وصية ، قال عيسى : قال لي ابن القاسم : إن بَيّنَ من أعتق فخاصة ، وإلّا فكلهم موالية . قال سحنون قال ابن القاسم وسمعته غَيْرَ عَامٍّ وهو يقول يدخلون معهم . قال ابن القاسم : وذلك رَأْيِي إلّا أن يستدل على أنه إنما أراد من أعتق خاصة .

قال محمد بن رشد : قول أصبغ تفسير لقول مالك . بدليل مَا لَهُ في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس . وقال مطرف وابنُ الماجشون إن كان يُحاط بمواليه الذين أعتق ولا يدخل معهم غيرُهُم ، وإن كثروا حتى لا يحاط بهم دخل معهم موالي الموالي وأبناؤ هم وكل من رجع اليه وَلَاؤُهم من قبل أبيه وجده وأخته لأنه رمى به مَرْمَـى الولاء إلّا أن يقول

عتاقتي . وقد مضى هناك القول على هذه المسألة مستوفي فأغنى ذلك عن إعادته وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن أوصى بثلثه لثلاثة نفر، ثم قال لفلان عشرين ولفلان عشرة وسكت عن الثالث إن(٢) للذي سكت عنه ثلث الثلث، ويعطي الذين أوصى لهم بالقسمة صاحب العشرة عشرة وصاحب العشرين عشرين، ثم يُنظر ما بقي من جميع الثلث فيقسم على ثلث الثلث وعلى العشرين والعشرة بالحصص.

قال محمد بن رشد : قوله ثم لفلان عشرين ولفلان عشرة. معناه قال ذلك على سبيل التفسير لما أوصى به لفلان عشرين ولفلان عشرة. فقال إنه يكون للذي سكت عنه ثلث الثلث أقل أو أكثر، ويكون من الباقي لصاحب العشرة عشرة ولصاحب العشرين عشرين، فما بقي من الثلث قسم على ثلث الثلث وعلى العشرين والعشرة بالحصص، وذلك يرجع إلى أن يقتسموا جميع الثلث قل أو كثر على هذه التجزية يضرب فيه المسكوت عنه بثلث الثلث وصاحب العشرة بعشرة وصاحب العشرين بعشرين، فإن كان الثلث في التمثيل تسعين ضرب فيه المسكوت عنه بثلاثين وصاحب العشرة بعشرة وصاحب العشرين بعشرين فيصير للمسكوت عنه نصف التسعين خمسة وأربعون، ولصاحب العشرة سدس التسعين خمسة عشر، ولصاحب العشرين ثلث التسعين ثلاثون. وإن كان الثلث خمسة وأربعين كان للمسكوت عنه ثلثها خمسة عشر ولصاحب العشرة عشرة ولصاحب العشرين عشرين. وإن كان الثلث ثلاثين تحاص جميعهم فيها المسكوت عنه بعشرة ثلث الثلاثين، وصاحب العشرة بعشرة، وصاحب العشرين بعشرين، فيصير للمسكوت عنه ربع الثلاثين ولصاحب

---

(٢) سقط من لفظ المؤلف : فقال .

العشرة ربعها، ولصاحب العشرين نصفها. وكذلك على هذا القياس ما كان الثلث قَلَّ أو كثر على ما في سماع أبي زيد، لأن قول ابن القاسم فيه تفسير لهذه الرواية. وقد حكاها ابن حبيب على نصها من رواية أصبغ عن ابن القاسم ووصل بها. قال أصبغ وكذلك أن قَصُرَ الثلث، فبان بذلك ما ذكرناه من أن رواية ابن أبي زيد مفسرة لهذه الرواية. ولو كان قوله لفلان عشرين ولفلان عشرة لحمل ذلك على أنها وصية أخرى ، ولوجب أن يضرب كل واحد منهما في الثلث مع المسكوت عنه بالأكثر مما سمى له أو من الثلث على ما قاله ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى في الرجل يوصي بثلاثة أعبد لرجلين. ثم يقول بعد ذلك فلان وفلان من أولئك الرقيق لفلان لأحد الرجلين، وفلان للرجل الآخر أنه يضرب كل منهما فيهم بأكثر الوصيتين العبد الذي سمى لأحدهما، أو نصف الثلاثة الأَعْبُدِ، أو العَبْدَانِ اللذان سميا للآخر ونصف الثلاثة الأَعْبُدِ. وقد حمل الفضل هذه الرواية على ظاهرها من أن قوله فيها لفلان عشرين ولفلان عشرة كان لِغير الفور. فقال إنها على خلاف أصل ابن القاسم يريد في مسألة الأعبد التي ذكرناها والأولى أَنْ يُتَأَوَّلَ على ما يخرج فيه عن أصله فيما ذكرناه. وقال أصبغ في كتاب ابن المواز يأخذ المسكوت عنه ثُلُثَ الثلث، ويقسم ثلثا الثلث بين المسمى لهما على ثلاثة أجزاء لصاحب العشرة جزء ولصاحب العشرين جزءان، واستحسنه محمد بن المواز. قال لأنه إنما قسم وصية الرجلين من الثلث، كيف يقسم بينهما وصاحبهما الثالث لم يُزَدْ في وصيته على ثلث الثلث ولا نقص منه ، قال الفضل: وإنَّ تفسير ابن المواز لَحَسَنٌ، وسواء على هذه الرواية كان المال عيناً أو عرضاً أو بعضه عيناً وبعضه عرضاً، لأنه لم يحمل قوله لفلان عشرين ولفلان عشرة على أنها وصية أخرى لهما بالعشرة والعشرين، ولو حمله على ذلك لقال إنَّ كل واحد منهما يحاص بالأكثر من وصيته، وإنما حمله على التفسير لما أوصى بها فَرَآهَا وصيةً واحدةً لكل واحد منهما يحاص فيها المسكوت عنه بثلث الثلث إن ضاق الثلثُ عن وصاياهما أو فضلت منه فضلة بعد أن أخذ المسكوت عنه ثلث الثلث وأخذ

صاحب العشرة عشرة ، وصاحب العشرين عشرين . ورأيت لأبي صالح وابن لبابة أنهما قالا في هذه الرواية ، معناها أن المال كله ناض فإذا كان في المال عرْض وناض قسم العرض أثلاثاً وقسم ثلث الناض على المحاصة فحاص الذي سكت عنه بِثُلُثِهِ ، ويحاص صاحباه بأكثر وصيتهما ، وإن كان المال عرضاً كله حاص المسكوت عنه في الثلث بثلث الثلث ، وحاص صاحباه بثلث الثلث وبالعدة المسماة لكل واحد منهما . فلا يصح أن يكون قولهما مفسراً للرواية . بل هو على خلاف مذهبه فيها حسبما بيناه . وقول أبي صالح هذا على ما لأصبغ في رسم الوصايا الصغير من سماعه من تفسيره لقول ابن القاسم . وسيأتي الكلام على ذلك هنالك إن شاء الله وبه التوفيق .

مسألة

وسُئِل مالك عن الرجل يوصي في أمة له إن وسعها الثلث أن تعتق فنظر فإذا هي لا تخرج منه، فكيف ترى فيه؟ فقال : أرى إن كان يبقى منه الشيءُ الذي له بال لم أَرَ أن تعتق وإن كان الشيءُ الذي يبقى الشيءَ اليسير لم أر أن يمنع العتق لذلك، وأرى أن تعتق إن كان الذي خسِر يسيراً. قال ابن القاسم وتغرَم هي ذلك اليسير. قال سحنون وأرى أن يكون ذلك رِقّاً باقياً فيها.

قال محمد بن رشد : ظاهر قول مالك هذا أنها تعتق كلها ولا تغرَم شيئاً إن كان الذي زادت قيمتُها على الثلث الشيءَ اليسير. قال في الكفالة من المدونة مثلُ الدينار والدينارين، ولا تغرَم هي ذلك اليسير. خلاف مذهب ابن القاسم أنها تغرمه. قال في المدونة : فإن لم يكن عندها اتبعت به ديناً تؤديه إلى الورثة. وخلاف قول سحنون إن ذلك يكون رِقّاً باقياً فيها ولابن كنانة في المجموعة مثلُ قول سحنون إنه إن زادت قيمتُها على الثلث الشيء اليسير كان ذلك اليسير رقاً باقياً فيها، وإن زادت قيمتُها على الثلث الشيء الكثير لم يعتق

منها شيء. وله في المدنِيّة أنه إن كان حملها الثلث إلا الشيء اليسير منها مثل السدس من ثمنها أو نحو ذلك مما يُرَى أنه لا يضر الورثة لقلته ويسير خطبه عتقت كلها، وإن كان حمل منها اليسير لم يعتق منها شيء كما وقع له في المجموعة.

قال محمد بن رشد: وإنما قال مالك إنها تعتق كلها ولا تتبع بشيء إذا كانت قيمتها أكثر من الثلث بالشيء اليسير الدينار والدنانير لأن هذا القدر مما لا يُتَحَقَّقُ زيادةً لا سيما في الأمة الرفيعة لأنها إنما تقوم بالاجتهاد. وقد يختلف البصر أبالقيمة في تقويمها في مثل هذا القدر وشبهه(٢م). وإنما قال ابن القاسم إن الجارية تُقَدِّمُ ذلك الشيء اليسير إن كان لها مال مراعاة لقول من قال إنها إن لم يحملها الثلث بمالها تقوم بما حمل منها ويكون بقيته للسيد مضافاً إلى ماله. وهو قول ربيعة والليث ابن سعد ويحيى بن سعيد وابن وهب في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب المدير. وقال إنها تتبع به ديناً إن لم يكن لها مال مراعاة لقول من يقول بالإسْتِسْعَاءِ في العبد بين الشريكين يعتق أحدُهما حظّه منه ولا مال له. وقول سحنون إنَّ ذلك يكون رِقّاً باقياً فيها بعيدٌ، لأن الموصِي إنما أوصى بعتقها إنْ حملها الثلث. ومثل قوله في المجموعة لابن كنانة خلاف ما له في المدنِيَّة.

ويتحصل في المسألة على ظاهر الروايات إن زادت قيمةُ الأمة على الثلث الشيءَ اليسير ثلاثةُ أقوال. **أحدها** أنها تعتق ولا تتبع بشيء، وهو قول مالك. **والثاني** أنها تعتق وتتبع بما زادت قيمتها على الثلث وهو قول ابن القاسم. **والثالث** أن ذلك يكون رقاً باقياً فيها وهو قولُ سحنون وأحد قولي ابن كنانة، الذي أقول به وينبغي أن تكون الروايات عليه إن كانت الزيادة اليسيرة متيقَّنة لا يمكن اختلاف البصراء فيها ففيها ثلاثة أقوال، **أحدها** أن تتبع بذلك ديناً إن لم يكن لها، مال ويؤخذ من مالها إذا كان لها مال. وهو قول ابن

(٢م) كذا بالأصل ولعل صوابَ العبارة: أبا لقيمة في تقويمها في مثل هذا القهار شُجْعَةٌ ؟

القاسم . والثاني أنها يبقى ذلك رِقاً فيها وهو قول سحنون . والثالث أنها تعتق قول(٣) ابن كنانة في المدينة وأنه إن كانت الزيادة اليسيرة(٣)
كالدينار والدنانير في قيمة الأمة في الثلاثة والخمسين فلا (٣) .
بشيء كما قال مالك ، ولا خلاف فإن زادت قيمتها على الثلث الكثير(٣) .

قليل ولا كثير وله في المدونة أنه يعتق منها ما حمله الثلث وإن كان يسيراً ويرق الباقي، وإن كان حمل الثلثُ أكثرَها ولم يبق إلَّا اليسير منها الذي لا يضر بالورثة مثل السدس من ثمنها أو نحو ذلك أعتقت كلها، وهو بعيد جداً. فقول مالك في هذه المسألة أصح الأقوال وَأَوْلاَهَا بالصواب وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله شك في طوافه

وسئل مالك عن رجل أوصى بثلث ماله للفقراء من فخده، فإن لم يكن فيهم ففي الذين يلونهم. قال مالك : أرى أن يبدأ بالذين قال يُعطي فقراؤهم بقدر ولا يُعطي أغنياؤهم شيئاً وإن فضِل فضلٌ أُعطي مسكنةُ الأقْصَيْن .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنه يخص بذلك الفقراءُ من فخده دون الأغنياء ويُعْطَوْن منه بقدر على سبيل الاجتهاد، ويؤثر في ذلك الأقرب على الأبعد والأجوحُ على من هو دونه في الحاجة، ويجعل الفضل فيمن بعدهم، والفَخِذُ أعمُ من العصبة وأخص من البَطْنِ والقبيلة، والبطنُ والقبيلةُ أخص من العشيرة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن امرأة أوصت إن حدث بها حدَثُ الموت من

(٣) بياض بالأصل لم يتبين من ما طوقت به نسخة ق ٣ في الموضوع .

حملها هذا فافعلوا كذا وكذا، ثم إنها وضعت وأقامت سنين ثم هلكت. قال مالك: أكتبت بذلك كتاباً؟ قال: نعم وفي وصيتها قَبْلَ أن تغيرها. قال هي جائزة وينفذُ ما فيها.

قال محمد بن رشد: قولُه إن وصيتها تنفذ وإن لم تمت من حملها إذا كتبت بذلك كتاباً، هو مثلُ أحد قوليه في رسم سلعة سماها، ولو كانت قد وضعت الكتابَ بيد غيرها لجاز قولاً واحداً. وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته، واحْكُمْ في المسألة لقوله فيها قبل أن تغيرها لأنَّ ذلك حق لها قالته أو سكتت عنه.

ومن كتاب أوله
الشجرة تطعم بطنين في السنة

قال سحنون أخبرني ابن القاسم قال: سئل مالك عن الوصية التي يوصي بها الناس ويتشهدون فيها قبل أن يوصوا. قال: ذلك يعجبني وأراه حسناً. ومَا زالَ ذلك من شأن الناس. والذي أدركتهم عليه يكتبون التشهد قبل أن يوصوا، قال مالك في أثر الوصية في التشهد حين قال هو الذي أدركت عليه الناس.

قال أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ما أدركت عليه الناس بهذه البلدة يعني المدينة. فلا شك فيه أنه الحق، وروى أشهبُ في كتاب الوصية الذي فيه الحج والزكاة في التشهد مثلَ هذا وزاد قال، فقيل له فإن رجلاً عندنا كتب وصيته وكتب فيها أُؤ مِنُ بالقَدَرِ خيرِه وشرِّه حُلْوِه ومُره، قال: لا والله لا أراه أَفَلَا كتبتَ والصُّفْرِية والأَبَاضِية، ليس هذا بشيء، وقد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتب

أحد منهم هذا في وصيته.

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، لأنَّ الرشد في الإتباع ويكره في الأمة كلها الابتداع فلن يأتي آخر هذه الأمة بأهدى مِمَّا كان عليه أولها (والمدينة) دارُ الهجرة وبها توفي النبي عليه السلام ، والصحابةُ خير الأمة الذين اختارهم الله لصحبة نبيه وتبليغ دينه وإقامة شرعه بها مُتَوَافِرُونَ ، فما عملوا فيه ودرجوا عليه هو الهدى الذي لا ينبغي العدول عنه وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الرجل يُوصِي بالرقبة أترى أن يُشْتَرَي أبوه فيعتق عنه؟ . قال إن كان تطوعاً فإني أرى ذلك، وإن كان ظهاراً أو ما أشبهه مما هو عليه فغيرُه أَحَبُّ إلي منه.

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن ذلك جائز في التطوع بل هو المختار المستحب، لِأنه أعظمُ في الأجر من عتق الأجنبي، لما في ذلك من صلة القرابة. وقد روى عن النبي عليه السلام أنه قال **لاَ يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ**(٤) أي فيكون حراً بنفس شرائه إياه، لا أنه يستحِدثُ له عتقاً بعد مِلْكِه إياه، إذْ لا يستقر له عليه ملك إلاَّ أنه يصير بشرائه إياه في حكم المملوك المعتق في وجوب الولاء له.

وأما قولهُ إن كان ظهاراً أو مما أشبهه مما هو عليه فغيرُه أحبُّ إلي منه فتجاوزٌ في اللفظ ليس على ظاهره في استحاب عتق سِوَاهُ بل هو الواجب، إذ لا يُجْزِيء عنه في الظهار ، والوصي ضامن إن فعل ذلك .

---

(٤) رواه عن أبي هريرة البخاري في الأدب ،ومسلم والترمذي وابن ماجة ، رمز السيوطي لصحبته .

وأما إن لم يعلم الوصي أَنْ كان العتق الذي أوصى به تطوعاً أو واجباً فلا ينبغي أن يَعتِقَ عنه من يعتق عليه من أب أو أخ ولا يصح له ملكه مخافة أن تكون وصيته بعتق واجب عليه، فإن فعل لم يلزمه ضمان وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل أوصى بمائة درهم في عتق رقبة من غلة حائط له منذ خمس وثلاثين، وكان قبل عتق الرقبة وصايا قدمت قبله، وكان في ذلك الزَّمان الرقبةُ توجد بمائة درهم، وهي اليوم لا توجد بذلك، فقال له الوصي أفترى أن أزيد من عندي في ثمنها؟ فإن نفسي بذلك طيبة، قال: لا يعجبني ذلك. فقيل له فبعض من ورثه أو من أقاربه أو ممن أوصى له إن أحب أن يزيد في ذلك؟ فقال ما أرى به بأساً، فقال له الرجل أفترى أن يشتري له بأرض الروم رقبة؟ فإني أجدها بهذا الثمن إلَّا أنها أعجمية؟ قال ليس هذا الذي أراد الرجل ولا يعجبني ذلك. قيل له أَفَيُعِينُ بهذا في عتق رقبة يتم بها عتقها؟. قال: ويكون غيره الذي يعتقها. قال: نعم، قال لا خير فيه. فقيل له أفنشتري نحن آخر رقبة بمائتي درهم فيعتقها عنهما؟. قال: لو أني أعلم أنك لا تجد لرأيت ذلك، فقال فإن لم أجد أفترى لي ذلك؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: لم يُجِز للموصى إذا لم يحمل الثلثُ ثمنَ الرقبة أن يزيد فيها من عنده، وأجاز ذلك لبعض من ورث الميت أو أوصى له بوصية. والمعنى في ذلك أن الزيادة إن كانت من مال الميت الموصى جاز ذلك وإن كانت من غير أصل مَاله لم يجز ذلك. فقولُه أو من أقاربه معناه من أقاربه الذين يرثونه، لأن الوارث إذا زاد مما ورثه فكأنه قد أجاز للميت الوصية بأكثر من ثلث ماله. وكذلك الموصَى له إن زاد من الوصية التي أوصى له بها

الميت فكأنه قد ترك ذلك له ولم يجز للوصي إذا لم يحمل الثلث ما يشتري به رقبة في أرض الإسلام أن يشتريها من أرض الروم، لأن ذلك خلاف ما أراد الموصِي كما قال، ولم يجز له أن يُعِينَ بذلك في رقبة يكون ولاؤُها لغير الموصى فقال لا خير في ذلك، ومعناه إذا كان في ذلك ما يشارك به في عتق رقبة فلا بأس أن يُعِينَ بها مكاتباً في آخر كتابته. وكذلك قال في الوصايا الأول من المدونة إنه إن لم يكن في ذلك ما يشتري به رقبة شورك به في رقبة، فإن لم يجدوا إلّاً أن يعينوا بها مكاتباً في آخر كتابَتِه فعلوا . قال : وهذا قول مالك فهو يحمل على التفسير لقوله في هذه الرواية وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن الوصي يريد بَيْعَ متاعِ الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل بالدار وما أشبهه فَيُتَمِّنُه ويرى أن بيعه غِبْطَةً. قال لا بأس بذلك مساومة، أو فيمن يريد إذا كان ذلك منه على وجه النظر.

قال محمد بن رشد : معناه في الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة أو على الصغار إذا باع بإذن الكِبَار أو في الوصي على الصغار إن لم يكن لأحد معهم في ذلك شرك . وأمّا إذا كان وصياً على الصغار وهم شركاء مع الكبار فباع الجميعَ بغير إذنهم فلا يجوز ذلك عليهم . وكذلك إذا كان وصياً على الثلث فباع بغير إذن الورثة . وسيأتي الكلامُ على ذلك في رسم سلف ديناراً من سماع عيسى بعد هذا إن شاء الله ، وبه التوفيق .

مسألة

وسئل عن رجل أوصى بخمسمائة درهم في رقبة بخمسمائة بشرط أن يعتق ثمن سبعمائة[٥]، وإن اشترى بخمسمائة بغير شرط لم

(٥) يعني وثمن الرقبة إذا أراد أن يشتريها بدون شرط أن يعتقها سبعمائة .

يجد مثلَها أفيشتريها بشرط أو يشتري دونها بغير شرط؟ قال بل يشتري بغير شرط يعني غيرها وإن كانت دونها.

قال محمد بن رشد: أما إذا كانت الرقبة واجبة فلا يجوز أن يشتريها بشرط، فإن فعل ضمن لأن الرقبة الواجِبَةَ لا يجوز شراؤها بشرط العتق. وأما إن كانت الرقبة تطوعاً فيكره له أن يفعل ذلك، فإن فعل لم يضمن وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله
حلف بطلاق امرأته

وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من مال، فتزوجت المرأةُ وخِيفَ على المال أَتَرَى أن يكشف. قال مالك إن كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك، وإن كان يُخَافُ كشف ما قِبَلَها.

قال محمد بن رشد: إنما يكشف ما قبلها إن كان يخاف على المال عندها ولا يكشف إن كانت لا بأس بحالها ولم يبين على ما يحمل عليه من جهل حالها. والظاهر من قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا، أن المرأة إذا تزوجت غُلِبَتْ على جُل أمرها حتى تعمل بما ليس بصواب أنها عنده محمولة على الخوف عليها إذا تزوجت فيكشف ما قبلها، إلَّا أن يعلم أنه لا بأس بحالها وينزع الولد منها وإن لم يقل الميتُ إن تزوجت فانزعوهم منها إلَّا أن يجعلهم في بيت على حدة ويقيم لهم ما يصلحهم من خادمهم ونفقتهم على ما قاله في رسم كتب عليه ذُكر حق بعد هذا. وكذلك لا يعزلون منها إذا عَزَلَتْهم في مكان عندها وأقامت لهم ما يصلحهم من نفقة وخادم وإن كان الميت قد قال إن تزوجت فانزعوهم منها، قاله مالك في كتاب ابن المواز.

قاله محمد لأن الميت لم يقل إن تزوجت فلا وصية لها وإنما قال إن تزوجت فانزعوهم منها معناه إنْ لم تَنْزِعْهم عن بيتها وتجعلْهم في بيت على حدة مع من يخدمهم بنفقة تقيمها لهم، ومثلُ ذلك في المدنية لمالك من رواية محمد بن يحيى السبائي عنه، وزاد فإن خشيت عليهم الضيعة فأولياؤهم أحق بهم.

قال ابن المواز: قال ابن القاسم: وأما المال فوجه ما سمعت فيه أنْ يُنظر إلى حالها فإن رُضِيي حالُها وسيرتُها والمال يسير لم يؤخذ منها (محمد) ولم يكشفه إن كان المال كثيراً وهي مقلة وخيف من ناحيتها، وأرى أن ينزع المال منها. وقاله أصبغُ وهي على الوصية على كل حال إلَّا أن يكون مرره إلا من مر[٦] إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحرم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها، قلت وإذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزلْ هي عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاركها في النظر لهم وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل أوصى إلى ابن له كبير وله ولد صغار ذكور وإناث وأشهد معه رجلاً آخر وأعتق رقيقاً أتجوز عتاقهم بشهادة ابنه وهو وصي مع الرجل؟ قال: نعم إذا لم يتهم مثل أن يَجُرَّ وَلَآءً.

قال محمد بن رشد: معنى هذه المسألة أنه شهد هو والوصي معه أنَّ أباه أعتق هذا الرقيق أو أنه أوصى بعتقهم فتجوز شهادته مع الوصي إن لم يكن لولائهم خطب، وإن كان لولائهم خطب لَمْ تجز شهادته إذا كان في الورثة نساء مِمن لا يثبت له الولاء، وإن لَمْ يكن في الورثة إلَّا من يثبت له الولاء جازت شهادته عليهم. هذا نص قوله في المدونة وغيرها. وأما إن أعتقا العبيد ثم شهدا بعد تنفيذ العتق لهم أن الميت أوصى بذلك إليهما لم تجز شهادتهما لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما ليجيزاه وبالله التوفيق.

---

(٦) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ التي هي أصل الأصل.

مسألــة

وسئل مالك عن رجل أوصى في جارية له أن تباع رقبةً فأبت الجارية وأحبت البيعَ على غير عتق ، قال : إن كانت الجاريةُ رائعةً رأيت أن تباع على غير شرط في العَتَاقَةِ وإن كانت من الخدم مِثْل ثَمَن سِتِّينَ ديناراً رَأَيْتُ أن تباع رقبة بشرط .

قال محمد بن رشد : هذا في الوصايا الأول من المدونة أنها إن كانت من جواري الوطء ممن تتخذ ، كان ذلك لها ، وإن لم تكن منهن بيعت ممن يعتقها إلّا أنه لم يذكر في اثمانهن حداً . وقال في كتاب العيوب منها إنّ أثمانَ الخمسين والستين من المرتفعات ، فقيل إن ذلك لما ها هنا إذ جعل أثمان الخمسين والستين من المرتفعات . والصواب أنّ ذلك اختلاف من القول ، فأثْمَان الخمسين والستين من المرتفعات اللاتي تجب المواضعة فيهن ولا يجوز التَّبَرّي مِنْ حملهن وَلَسْنَ من المرتفعات اللائي لهن أنْ يُبَعن على غير شرط فتبطل الوصية فيهن، بدليل قوله في سماع أبي زيد: وأثمان الستين ليست برائعة في هذا. قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة، وقد قيل لا ينظر إلى قولها وتُبَاع للعتق إلّا ألّا يُوجَدَ من يشتريها بوضيعة الثلث إن كان للميت مال يحمل الجارية . وقوله إن كان للميت مال يحمل الجارية مفسر عندي لقول ابن القاسم وروايته عن مالك ، لأن الرجل لو أوصى أن يُباع عبده لم يجز ذلك على الورثة إذْ لم يحمله ثلث ، وقد قال ابن لبابة في قوله في المدونة بيعوا عبدي من فلان لَمّا لم يأمر الموصي أن يعطاه إلّا بثمن لم يقل أحد إنه ينظر إلى العبد إن كان يخرج من الثلث أمْ لا يخرج منه. وليس قوله بصحيح إذ ليس للميت أن يحجر على ورثته إمساك عبد من عبيده إذا كان أكثر من ثلث ماله ، وإنما كان للجارية الرائعة أن تباع على غير العتق لأن العتق أضَرُّ بالجارية النفيسة . قال ابن المواز : وهو كما قال ، لأنها قد تتخذ أُمّ ولد فتعتق فيكون ذلك خيراً لها ، والخادِمِ تبقى مملوكةً أبداً فلا تعتق أحسنُ لها وإن لم

ترض بذلك . قال ابن المواز : وقد أبطل مالك وصية ابن سليمان إذْ أوصى أن يعتق جواريه بعد سبعين سنة وَرَآهُ من الضرر . قال ابن المواز : فإن بيعت بشرط العتق وضع ثلث ثمنها ، وإن بيعت بغير شرط لم يوضع من ثمنها شيء ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل مالك عن رجل يوصي في جارية له لَهَا القدرُ أن تخير فإن شاءت بيعت وإن شاءت أعتقت ، ويعتقها بعضُ من كان ورثها ولعله قد كان بينه وبينها شيء . قال : ليس عتقه بشيء ، وأرى أن تباع إن اختارت البيع ، ثم قال ما لهم ولها يعتقونها ليس لهم من ذلك شيء ، هو ماله يصنع فيه ما أحب يعني المُوصِي فلا أرى لهم في ذلك قضاء حتى ينفذ من جعل ذلك له ، فإما أعتق وإما باع ليس للورثة في ذلك قضاء .

قال محمد بن رشد : قولُهُ هو مالُه يصنع فيه ما أحب يريد فتُنفَّذُ فيه وصيتُهُ بالتخيير لها بين البيع والعتق ، وذلك إذا كان الثلث يحملها ، والمسألة متكررة في رسم جاع من سماع عيسى . وقال في سماع سحنون إن لها أن ترجع إلى البيع بعد أن اختارت العتق ، وإلى العتق بعد أن اختارت البيع ما لم يفت الأمر فيها بالبيع والتقويم في العتق ، وقال في رسم القطعان من سماع عيسى : إنها إنْ اختارت البيع فبيعت ثم ردت فقالت أنا أحب أن أُعتق الآن قال ليس ذلك لها . وقال ابن وهب : ذلك لها لأن بيعها لم ينفذ . ومعناه إذَا رُدَّت بعيب ، فالاختلاف في هذا على الاختلاف في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الصدقة والوصيةِ والرجلُ في مرضه ولا يحملها الثلث أَتَرَى أن يبدأ بالصدقة ؟ قال : لَا بَلْ يتحاصون . وقد سألني رجل عن رجل أوصى ليتيم ولقوم فلم يَسَعْ ذلك الثلثُ فقال الرجل إنّ اليتيم محتاج كأنه رَآهُ من وجه الصدقة فقلتُ له : هم يتحاصون . فقيل له أفرأيت إن قال في الصدقة بَتْلًا لا رجوع فيها عشت أو مت ، قال : فلا أدري ، قلت له أفيتحاص الذي تصدق بها عليه والذي أوصى له ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : ظاهرُ هذه الرواية أنّ السؤال فيها إنما هو عن الوصية بالصدقة والصدَقَةُ على سبيل العطية هل يتحاصان الوصية بالصدقة على الوصية(٦م) على سبيل العطية . فقال: إنهما يتحاصان . ولا اختلاف أحفظه في ذلك . وقد رأيت لابن دحون أنه قال : قد قيل إن الصدقة تقدم على الوصية لأنها للفقراء والوصية للأغنياء فتؤخذ . ولا أعرف هذا القول ولا له وجه يصح ، إذ قد يتصدق الرجل على الغني ويعطي الفقير ، فلو كانت الصدقة على الغني تبدأ على العطية للفقير لَبَطَلت العلة التي عللت بها تبدية الصدقة على العطية ، وإن قلت إن العطية تبدأ على الصدقة من أجل أنها على فقير لزمك أن تبدي الوصية للفقير على الوصية للغني . وذلك خلاف الإجماع ، وإنما الاختلافُ المعلومُ في الصدقة المبَتَّلة في المرض والوصية ، هل يتحاصان بعد الموت لاتفاقهما جميعاً على انهما من الثلث ، أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنها تلزم المتصدِّق إن صح من مرضه . فروى الحارث عن ابن وهب قال : سمعت مالكاً يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي للناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه في الصدقة قال : لا أرى ذلك لهم ، لأنه لو عاش ثُمّ أراد أن

(٦م) يظهر أنّ صوابَ العبارة الواو بدل على .

يرجع في صدقته لم يكن ذلك لَهُ ومثل هذا في كتاب ابن حبيب وفي المختصر لابن عبد الحكم عن مالك ، وقد اختلف قولُ مالك من هذا الأصل فيمن بتل عتق عبد في مرضه وأوصى بعتق عبد له آخر ، فكان أولَ زمانه يقول إنه يبدأ المبتل في المرض ثم رجع إلى أنهما يتحاصان وهو الذي يأتي على ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس من أنّ للرجل أنْ يرجع عما حبسه في مرضه إن مات منه وقد مضى الكلام على ذلك هناك مشروحاً فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال ابن القاسم ولو أن رجلاً أوصى بعتقٍ بتلٍ ودبر قال : إن كان في كلمة واحدة تحاصا وإن لم يكن ذلك في كلام واحدٍ يبدّأ بالأول في الأول .

قال محمد بن رشد : قولُهُ أوصى بعتق بتل لاَ يستقيم . فمعناه أنه بتل عتقه في مرضه ودبر عبداً له آخر ، وفي ذلك ثلاثة أقوال . **أحدها** قوله في هذه الرواية إنهما يتحاصان إن كان ذلك في كلمة واحدة أي في كلام متصل . وهذا عندي على القول بأنه ليس له أن يرجع عما بتله في مرضه إن مات منه خلافُ ما في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس من أن للرجل أن يرجع عما حبس في مرضه إن مات منه . **والقول الثاني** أن المدبر يبدأ على المبتل . وهذا عندي على القول بأن له أن يرجع عما بتله في مرضه . **والقول الثالث** أنه يبدأ المبتل في المرض بما له من مزية عليه في أنه إن صح من مرضه عجل عتقه . وهذا كله إذا كان التدبير والتبتل في فور واحد . وأما إن كان أحدهما قبل صاحبه فيبدأ الأول . واختلفَ قولُ مالك في تبدية العتق المبتل في المرض والمدبر فيه على الموصي بعتقه فقال يبدأ المبَتل والمدبر . وقال أشهب يتحاصان . قال : وبلغني أن هذا أحد قولي مالك ، فأما الاختلاف في المبتل في المرض والموصي بعتقه فله وجه . وهو ما ذكرت

من الاختلاف في الرجوع في المبتل في المرض. وأما المدبر في المرض والموصي بعتقه فلا وجه للقول بأنهما يتحاصان، لأن الموصي بعتقه يصح الرجوع عنه باتفاق، والمدبر لا يصح الرجوع عنه باتفاق، فوجب ألّا يُختلف في تبدية المدبر وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن إمرأة مرضت فأوصت أن عندها خمسة وثلاثين درهماً وأن لها على زوجها أربعة أبعرة، فقالت لزوجها وللورثة إما أن تجعلوا الخمسة والثلاثين الدرهم التي عندي في سبيل الله، وإما أن تجعلوا بعيراً مما لي على زوجي في سبيل الله وتأخذوا الخمسة والثلاثين الدرهم، فلما حضرتها الوفاة سألوها عن الدرهم فلم تخبرهم وهلكت. قال مالك: أرى أن يخرج عنها في ثلثها البعير الذي جعلته من الأربعة الأبعرة التي لها على زوجها، ولا ينظر في شأن الدراهم التي لم توجد.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الدراهم التي لم توجد مصيبتها منهم، ولا بد من تنفيذ وصيتها بإخراج البعير من الخمسة الأبعرة التي لها على زوجها، وإنما ذلك بمنزلة من أوصى بعتق أَحَدِ هَؤلاءِ الأعبد الخمسة فمات منهم واحد قبل موته وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن إمرأة هلكت وأوصت إلى إمرأة بوضع ثلثها في مواضع وأن تجعل البقية حيثُ أراها الله، فكانت تقسمه ثم إن المرأة احتاجت(٧) التي استخلفت فقالت هل ترى لي أن آخذ منه

(٧) بياض بالأصل وبأصل الأصل.

شيئاً ؟ قال : لا أرى أن تأخذي منه شيئاً ولا تأكليه .

قال محمد بن رشد : إذا كانت الموصية قد فوضت إلى هذه المرأة جعل البقية حيث أراها الله من وجوه البر ، فكان الذي أراها الله بوجه الاجتهاد أن يفرق تلك البقية في المَسَاكين فاحتاجت هي حتى صارت في الحاجة بمنزلة من يفرق عليهم تلك البقية من المحتاجين ، فلها أن تأخذ منها لنفسها مثل ما يعطي غيرها على ما قاله في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات في الذي خرج غازياً فبعث معه بمال ليعطي منه كل منقطع به فاحتاج هو ولم يكن عنده ما يقوي به إنَّ له أن يأخذ منه بالمعروف والمعروف في ذلك هو أن يأخذ منه مثلَ ما يُعطي غيرَه ولا يُحَابى نفسَه في ذلك ، وجوازُ ذلك يتخرج على قولين حسبما بينا وجهه هناك . وأما إن كان الذي أراها الله بوجه الاجتهاد من وجوه البر في تلك البقية جَعْلَهَا في غير الصدقة أو في الصدقة على من ليس مثل حالها فلا يصح لها أن تأخذ لنفسها من ذلك شيئاً وإنْ كانت محتاجةً وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله أخذ يشرب خمراً

وسئل عن رجل أوصى لجارية له بعشرة دنانير من ثمنها أتراه عتقاً ؟ قال : لا ليس هذا عتقاً . قال عيسى . قال ابن القاسم وإذا أوصى لها ببعضها لم يعتق منها إلاّ ما أوصى إلاّ أن يكون لها مال فيقوم بقيتها في مالها فيعْتق على نفسها وإذا أوصى لها بثلثه عتقت في ثلثه وقومت فيه ، لأنه حين عتق عليها من نفسها شقص أيحمل عليها مَا بقي من عتق نفسها بمنزلة من أعتق شِرْكاً له في رأس فكان يُقوم عليه ، فالذي يعتق عليه يتبعض عن نفسه أحْرى أن يُقَوّم عليه ما بقي من نفسه فيما يملك . وهو قول مالك . قال ابن القاسم : ولو

كان فيما أوصى لصاحبه ما لا يتم به عتقُها وكان لها مالٌ قبل ذلك عتقت فيه وأخذ منها .

قال محمد بن رشد : أما الذي أوصى لجاريته بعشرة دنانير من ثمنها فبين أنه لا يعتق منها شيء لأنه إنما أوصى لها بعشرة دنانير ، فسواء كانت من ثمنها أو من غير ثمنها ، بل إذا كانت من ثمنها فهو أحرى ألّا يعتق شيء منها فيها ، لأنه إنما أوصى لها بالعشرة بعد أن تباع . وأما إذا أوصى له ببعضها . فلا اختلاف في أنه يعتق منها ما أوصى لها به من نفسها إذ قد علم أنه لا يصح لها ملكُ نفسها ، ألا ترى أنه من قال لعبده قد وهبت لك نفسك أنه بذلك حر . وإنما اختلف إذا أوصى لها ببعضها ولها مَال هل يعتق بقيتها على نفسها في مالها أم لا ؟ فقال في هذه الرواية إنه يقوم بقيتُها على نفسها في مالها ، وهو قول ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك ، ومثله في سماع عيسى ويحيى . وقيل إنه لا يقوّم عليها بقيتُها في مالها . وهو قول ابن وهب وروايته عن مالك في المدونة .

وأما إذا أوصى لها بثلثه فقيل إنها لا يعتق منها إلّا الثلث وهو قول ابن وهب من رأيه . وقيل إنه يعتق منها الثلث ويقوم بقيتُها على نفسها فيما بقي من الثلث ، فإن لم يحملها الثلثُ رَقّ ما بقي منها ولم يقوم عليها في مالها إن كان لها مال من غير الثلث ، وهو قول مالك في رواية ابن وهب في المدونة .

ووجه هذا القول أنه إذا أوصى لها بثلث ماله فقد قصد إلى حريتها فيه ، وكأنه أوصى أن تعتق فيه وأن تعطى بقيته إن كان فيه فضل عن رقبتها وهذا القول اختيار سحنون فقال فيه إنه أعدلُ الأقوال .

ووجه قول ابن وهب أنه إذا أوصى لها بثلث ماله فقد قصد إلى حرية ثلثها وأن تعطي بقية ثلث ماله ، فوجب أن يعتق ثلثها وأن تعطي بقية ماله ولا تعتق فيه ولا في مال إن كان لها سِوَاهُ لأنه هو المعتق لثلثها إذا أوصى لها به وهو

يعلم أنه لا يصح لها ملكُه ، فكان بمنزلة إذا أوصى أن يعتق ثلثها وتعطي بقية ثلث ماله .

ووجه قول ابن القاسم وروايته عن مالك ما ذكره في الرواية من أنه إذا أعتق عليه بعضها وجب أن يقوم عليها بقيتها فيما بقي من الثلث وفي سائر مالها إن كان لها مال بمنزلة من اعتق شركاً له في عبد أنه يقوم عليه بقيتُهُ في ماله . وعلى هذا الاختلاف يأتي الاختلاف في تبدية الوصية للعبد في ثلثه على الوصايا حسبما يأتي القول فيه في رسم أسلم من سماع عيسى إن شاء الله .

وأما إذا أوصى له بدنانير أو بعرض من العروض فلا يعتق شيء منه في ذلك باتفاق إلّا أن يكون ذلك أكثرَ من الثلث فلا يجيز ذلك الورثة حسبما يأتي القول فيه في رسم الرهون من السماع المذكور ان شاء الله وبه التوفيق .

مسألــة

قال وسئل عن رجل كان شريكاً لرجل فمرض أحدهما فأوصى إن فلاناً عَالِمٌ بمالي فما دفع اليكم من شيء فهو فيه مصدق ولا يمين عليه في ذلك ، فَرُفِع أمرُه إلى السلطان وأتى بما قِبَلَه من الناض فقسمه بينه وبين ورثة شريكه ، ثم أقام يقتضي ويقسم أقام بذلك عشر سنين وكتب له السلطان براءة من ذلك ، وبقي بينهما دين وبلغ الورثةَ فقالوا نُرِيدُ ان نستحلفك فيما اقتضيت أترى ذلك لهم وهذا الأمر منذ عشر سنين وقد كتب له السلطان منه البراءة ؟ قال مالك : أرى أن ينظر السلطان في ذلك ويكشف أمره ، فإن رأى أمراً صحيحاً لم أرَ أن يستحلفه وإن استنكر شيئاً رأيت أن يحلف ، فقال له الرجل يا أبا عبد الله بعد عشر سنين ؟ قال نعم إن رأى ذلك أمراً يُسْتَنْكَرُ .

قال محمد بن رشد : هذه اليمين في أصلها يمين تهمة وقد اختلف

في لحوقها ، وتوصيةُ الميت بإسقاط اليمين عنه لا يَلْزَم الورثةَ ، لأن الحق قد صار إليهم في المال بموته ، فإن اتهموه استحلفوه على القول بلحوق يمين التهمة . فلذلك قال إن السلطان ينظر في ذلك فإن رأى أمراً صحيحاً لم تجب لهم عليه يمين ، وإن رأى أمراً يستنكر أوجب لهم عليه اليمين وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله يسلف في المتاع

وسئل عن رجل أوصى بابنه إلى أمه وأوصى أن ينفق عليها حيث كانت ، قال مالك : إن كان صغيراً وكانت محتاجة وكانت تلي مؤنته وحضانته فأرى أن ينفق عليها . فقيل له أرأيت إن كانت غنية ؟ قال مالك : ينظر في ذلك فإن كان ذلك أرفق به في حضانته والقيام به (وأنه لو انتزع منها تكلف به من يقوم له عليه ويحضنه)[٨] رأيت أن ينفق عليها من مال الغلام. وكأني رأيته لا يَرَى لَهَا النفقة إلاّ في صغر الصبي . قال ابن القاسم : رجع عنه وقال إن كانت محتاجة انفق عليها ، وإن كانت مُوسرة لم ينفق عليها فإن شاءت أقامت على ولدها وإن شاءت ذهبت حيث شاءت وعلى هذا نَبّه غير مرة وهو رأيي .

قال محمد بن رشد : اختلف قولُ مالك في إيجاب النفقة لِلْحَاضِنِ بحق الحضانة فأوجب ذلك لها في رسم شك في طوافه في سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ، ولم يوجب ذلك لها في رسم شك المذكور من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة . ولا في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب منه ، والاختلاف في ذلك جار على اختلافهم في الحضانة هل هي من حق

(٨) بياض بالأصل ، والاتمام من نسخة ق ٣ .

المحضون أم من حق الحاضن فمن رآها من حق المحضون أوجب للحاضن أجرته في حضانته وكراء سكناه معه ، ومن رآها من حق الحاضن لم يوجب له ذلك ، لأنه لا يستقيم ان يكون من حقه أن يكفله ويأْوِيهِ إلى نفسه ويجب له بذلك عليه حق . وتفرقةُ مالك في هذه الرواية بين أن يوجد من يحضن الصبي دون نفقة أو لا يوجد إن نُزِعَ من أمه قولٌ ثالث في المسألة وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله كتب عليه ذكر حق

وسئل مالك عن رجل أوصى إلى إمرأته بولده منها ولم يقل إن تزوجت فانزعوهم منها ، فأرادت التزويج ، قال أرى إن عزلتهم في بيت على حدة وأقامت لهم ما يصلحهم من خادمهم ونفقتهم فأراها أولى بهم ، وإن لم تفعل انتزعوها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القولُ عليها في رسم حلف قبل هذا فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله الشريكين يكون لهما مال

وسئل مالك عن رجل أوصى بوصية إلى وارث أو غير وارث .
قال ثلثي يجعل حيث أَرَادَ الله . قال مالك : إن كان جعل ذلك إلى وارث هو له فليس له أن ينفذ شيئاً من ذلك إلاّ أن يعلم الورثة ويخصوهم ، وإن كان جعل ذلك إلى غير وارث فإنه ليس له أن يأخذه لنفسه ولا لولده ولا لحاضنةٍ من الناس إلاّ أن يكون لذلك وجه يسميه ويذكره ويُعرف أن الذي أعطى أَهْلاً لذلك وليس لغير الوارث ان يكتم ما صنع ولا أن يعيبه ولا أرى عليه يميناً في ذلك ، وليس

الحديثُ في ذلك مثلَ القديم . فأما الأمر القريب العادة من ذلك فإنه يعلمه ، وأما ما قدم من ذلك وطال فليس عليه تجديد ذلك وذكره ، والورثة هم أهملوا ذلك بحضرة ذلك وحدثانه .

قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه إذا فوض تنفيذ الوصية إلى غير وارث فليس له أن يأخذها لولده ولا لحاضنةٍ من الناس إلاّ أن يكون لذلك وجه يعرف فيه صواب فعله لأنه يتهم في ولده وَخَاصَّتِهِ من الناس فعليه إذا فعل ذلك أن يُعْلِمَ الورثةَ به. قال أصبغ إلاّ أن يكون الورثةُ صغاراً فعليه أن يعلمهم إذا كبروا ، لأن ذلك من القضاء لنفسه . فعلى ما ذكرته في رسم سَنّ قبل هذا في الذي يوصي إلَى المرأة أن تجعل ثلثه حيث أراها الله . وقوله ليس له أن يكتم ما صنع ولا يعيبه. معناه أن ذلك ليس من الحظ له أن يفعله فيعرض نفسه للتهمة فإن فعل ذلك وعيبه وادعى أنه قد نقده فلا غرم عليه فيه إلاّ أن يتبين كذبه ، وهو مصدق في ذلك مع يمينه ما لم يتبين كذبه إلاّ أن يطول الأمرُ فلا يكون عليه يمين ، هذا معنى قوله في الرواية : ولا أرى عليه يميناً في ذلك ، وليس الحادث في ذلك مثلَ القديم ، يريد أنّ القديم يصدّق فيه بلا يمين ، والحادث يصدق فيه مع يمينه. وقد وقع في بعض النسخ فإنه ليس له أن يأخذه لنفسه ولا لولده ولا أن يحابي منه أحداً من الناس . وذلك بين في المعنى . وقد مضى في أول مسألة من السماع القولُ على بقية المسألة فلا معنى لإعادة ذلك وبالله التوفيق .

ومن كتاب أغتسل على غير نية

وقال في ولي اليتم إنْ كان في حجره وكان لليتيم غنم ودابة أيشرب من لبنها ويركب دابته ؟ قال إن كان للبن ثمن وهو في موضع له ثمن ، فلا أحبه وإن كان في موضع ليس له ثمن فلا أرى به بأساً

وأما دابته فلا أحب له ان يركبها ولا أحب له إن كان له مال عنده أن يستسلفه .

قال محمد بن رشد : اتفق أهلُ العلم جميعاً على تحريم أكل مال اليتيم ظلماً وإسرافاً وعلى أن ذلك من الكبائر لقول الله عز وجل ﴿ **الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً** ﴾(٩) . وقوله تعالى ﴿ **وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا** ﴾ . واختلفوا في القدر الذي يجوز للأوصياء من ذلك ويسوغ لهم لقول الله عز وجل : ﴿ **وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾(١٠) . فذهب مالك وأصحابه إلى أنه لا يجوز للوصي أن يأكل من مال يتيمه إلّا بقدر استغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه إن كان محتاجاً إلى ذلك . قاله محمد بن المواز في كتابه عمن حكاه عنه من أهل العلم . وذلك على ما جاء عن عبد الله بن عباس . أنه قال للذي جاءه فقال له إن لي يتيماً أَفَأَشْرَبُ من لبن إبله . قال ابن عباس : إن كنتَ تبغي ضالة أبله وتلي حرصها وتسقيها يوم وُرُودِها فاشرب غيرَ مُضِر بنسل ولا ناهِكٍ في الحلب . وأما إن كان غنياً عن ذلك فلا يفعل . لقول الله عز وجل : ﴿ **وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ** ﴾ . وقد قيل أن للغني أن يأكل منه بقدر قيامه عليه وخدمته فيه وانتفاع اليتيم به في حسن نظره له . فإن لم يكن له في ماله خدْمة ولا عمل سوى أنه يتفقدُهُ ويشرف عليه لم يكن له أن يأكل منه إلّا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه على ما قاله في هذه الرواية ومثلُ الفاكهة من ثمر حائطه على ما قاله في أول سماع أشهب من كتاب الجامع ، ولا يركب دوابه ولا ينتفع بظهر إبِلِه ولا يَسْتَسْلِفُ من ماله . ومن أهل العلم من ذهب إلى

(٩) الآية ١٠ من سورة النساء .

(١٠) الآية ٦ من سورة النساء .

أن لولي اليتيم إذا كان فقيراً أو احتاج أن يأكل من مال يتيمه بغير إسراف ولا قضاء عليه فيما أكل منه ، لقول الله عز وجل : ﴿ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . واختلف في معنى ذلك ، فقيل هو أن يأكل من ماله بأطراف أصابعه ولا يكتسي منه ، وقيل هو مَا سَدّ الجوع وَوَارَى العَوْرَةَ ليس لبس الكتانِ ولا الحُلَلَ ، وقيل هو أن يأكل من ثمره ويشرب من رسل ما شِيته بقيامه على ذلك . وأما الذهب والفضة فليس له أخذ شيء منها إلاّ على وجه القرض . وقيل له أن يأكل من جميع المال وإن أتى على المال وليس عليه قضاء . وقيل معنى قوله عز وجل : ﴿ فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ هو أن يأخذ من ماله قدر قوته قرضاً فإن أيسرْ بعد ذلك قَضَاهُ . روى هذا القول عن سعيد بن المسيب . وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : إني أنزلت مال الله مني بِمَنْزِلَةِ مال اليتيم إن استغنيت استعففتُ وان افتقرت أكلتُ بالمعروف فإذا أيسرتُ قضيته وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال من قال ثلثي في سبيل الله وفي المساكين وفي الرقاب ، أو في سبيل الله وحدهُ أو لفلان ثلثي وحدهُ ولفلان مائة دينار ، أو قال في سبيل الله أو في المساكين أو في الرقاب أو في سبيل الله ولفلان ثلث مالي ، قال يعارلون(١٠م) الذي سمى له المائة .

قال محمد بن رشد : قال في هذه الرواية إن الوصية بالجزء والتسمية يحاص بينهما ولا يبدأ أحدهما على الآخر سواء كانت التسمية لمعين والجزء لغير معين في وجه واحد أو في وجوه شتى أو كان الجزء لمعين

(١٠م) كذا يظهر من الكلمة التي سقطت من صلب الأصل وكتبت بالهامش ـ يعارلون ـ ولعل صوابها يعاركون بالكاف بدل اللام ، والمراد يزاحمون الذي سمى له المائة بالمحاصة .

والتسمية لغير معين في وجه واحد أو في وجوه شتى . ومثله في رسم الوصايا الأول من سماع أشهب . وفي رسم الكبش من سماع يحيى ، وروى ذلك أيضاً علي بن زياد عن مالك ، وذلك إذا أبهم التسمية ولم يقل فيها إنها من الثلث مثل أن يقول عشرة دنانير من ثلثي لفلان أو في وجه كذا منه ولفلان أو في وجه كذا ثلثي أو قال لفلان أو في وجه كذا ثلثي ولفلان أو في وجه كذا منه عشرة دنانير فإن التسمية تبدأ قاله في رسم الوصايا المذكور . ولا خلاف في ذلك إذا أتى بمن قدمها أو أخرها إلاّ أنه إذا أخرها كان الأمر في التبدية آكد . وقد روى عن مالك أن التسمية تقدم على الجزء . وروي عنه أن الجزء يقدم عليها ، فهي ثلاثة أقوال لمالك إذا لم يأت في ذلك بمن وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل أوصى عند موته بما كان له وعليه ، فوُجِدَ فيما أوصى به علي رجل منهم حق هو أكثر مما أوصى به . أترى أن يشتري[11] ما قبله ؟ قال : نعم ولعله أن يكون قد وَهِمَ فأرى أن يستبرىء ما قبله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا إشكال فيه والحمد لله .

مسألــة

وسئل عن رجل أوصى لعمةٍ له بدين لها عليه ولقوم آخرين بديون والذين أوصى لهم من الأباعد لهم بها شهود وليس للعمة شهود . قال لا يجوز في مثل هذا لِذَوِي الأرحامِ إلاّ أن يكون لهم

---

(١١) كذا في الأصل : أن يشتري ، ولا معنى له ، ولعله في أصل الأصل أن يشترك بدل يشتري .

ثبت ، فإن لم يكن لهم ثبت فإني أرى الأباعدَ ممن لهم ثبت أحَقّ بماله وإن كان ممن لا يتهم عليه من ذوي رحمة ، وإن لم يكن لهم بينة فإني أرى ذلك لهم ثابتاً .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أن ما تركه الميت من المال لا يَفِي بما أوصى به لجميعهم مثل أن يكون ترك مائتي دينار فأقر لرجلين أجنبيين بمائة ومائة ولعمته بمائة فإن كان للأجنبيين بينة على مالهما كانا أحق بالمائتين لأن من عليه دين يغترف مَالَه ، فلا يجوز إقراره لصديق ملاطف ولا من يتهم عليه من ذوي رحمة ، وإن لم يكن لهما بينة على مالهما بما أقر لهما به خَاصَّتْهُمَا العمةُ في المائتين بما أقر لها به أيضاً بمنزلة إذا كانت لكل واحد منهم بينة على ما أقر لهم به ، إذْ لا حجة للأجنبيين على الميت فيما أقر به للعمة إذا لم يكن لهما بينة ، إذ لو شاء لم يقر لهما بشيء . وهذا بين إذا أقر لَهُمْ معاً أو أقر للعمة قبلُ ، وأما إذا أقر للأجنبيين قبلُ فيتهم أن يكون أراد أن تدخل العمة عليهما فيما قد تقرر لهما ووجب باقراره لهما أولاً .

مسألـة

وقال مالك في رجل أوصى بوصية وأوصى فيها بأن غلاماً له يخدم فلاناً ما عاش ، فإذا مات فَمَرْجُوعُهُ إلى ورثته ، وأوصى أن فضلةَ ثلثه لفلان ، فمكث الرجل الذي أخدم الغلامَ يسيراً ثم مات ، هل للرجل الذي أوصى له ببقية الثلث في العبد حق أم لا ؟ قال مالك : إذا رجع العبد إلى ورثة الموصي كان للذي أوصى له ببقية الثلث .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في رسم أسلم من سماع عيسى لمالك أيضاً من رواية ابن القاسم . وقال عيسى ابنُ دينار من رأيه : لا شيء للموصى له ببقية الثلث في مرجع الغلام إذا قال الموصي فإذا مات فمرجوعه

الى ورثته . وجه قول مالك أن قول الموصي وإذا مات فمرجوعه إلى ورثته لا تأثير له فيما يوجبه الحكمُ ، لأنه لو سكت عنه لكان مرجوعاً إلى ورثته أي إلى حكم ماله المورث عنه بعد الوصايا بقوله يخدمه ما عاش ، فإذا رجع إلى ورثته على هذا الوجه وجب أن يدخل فيه الوصايا ، فيكون للموصى له بقيةُ الثلث لأنه بقيةُ الثلث . ووجه قول عيسى اتبَاع ظاهر لفظ المُوصِي في قوله إنه يرجع إلى ورثته لأن الظاهر منه أن يرجع اليهم ملكاً ، ولما كان لو سكت عن هذا اللفظ كان للموصى له ببقية الثلث ، أعتبر اللفظُ فلم يجعله ملغاً لا حكم له . فقول مالك أصح من جهة المعنى . وقول عيسى أظهر من جهة اللفظ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل يُوصِي لرجل بدين فيُطْلَبُ فلا يُوجد ، قال مالك : فيتصدق به عنه ، ويقال اللهم هذا عن فلان .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة في هذا الرسم بعينه من هذا السماع من كتاب المديان والتفليس . فقال فيها فلا يوجد ولا يعرف معناه أنه لا يعرف موضعه ، لأنه إذا لم يعرف فلا يصح أن يؤخذ ذلك ، يفترق بين أن يكون الموصى له لا يُعْرَفُ أو يعرف فلا يُوجَدُ . فأما إذا كان لا يعرف فيفترق الأمر فيه بين أن يكون الموصي يورث بِوَلَدٍ أَوْ كَلَالَةٍ ، فإن كان يورث بولد جاز إقرارُهُ من رأس المال إن أوصى أن يتصدق به عنه أو يوقف له ، فإن وقف فلم يأت له طالب تصدق به على ما قاله في سماع أبي زيد . واختلف إن كان يورث بكلالة . فقيل إن أوصى أن يحبس ويوقف حتى يأتي له طالبٌ فذلك من رأس المال ، وإن أوصى أن يُتَصَدَّق به عنه لم يقبل قوله ، ولم يخرج من رأس المال ولا من الثلث . قال هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس . وقيل إنه يكون من الثلث . وهذا القول

قلم[١٢] من كتاب المكاتب من المدونة . وقيل إنه إن كان يسيراً جاز من رأس المال ووقف ، فإن لم يأت له طالب تصدق به ، وإن كان كثيراً لم يكن في رأس المال ولا في الثلث . قاله في سماع أبي زيد ، ونحوه في أول رسم من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب .

وأما إن كان يعرف فطلب ولم يوجد فسواء كان الموصي يورث بكلالة أو ولد الوصيةُ جائزةٌ من رأس المال ، ويوقف ما دام يُرْجَى وجودُهُ فإن أُيس منه تصدق به كما يُفعل باللُّقَطَةِ بعد التعريف فإن وجد صاحب الدَّين بعد التصدق غرمه له الذي تصدق به إلاّ أن يشاءَ أن يُجِيزَ الصدقة وينزل على أجرها وبالله التوفيق .

ومن كتاب البز

قال وسئل عن الرجل يوصي للرجل بالعبد في وصيته ولِلْعَبْدِ مال لمن ترى ماله ؟ قال : إني لَا أرَى أن يكون شبيهاً بالعتق ، وأن يكون مالُهُ لمن أوصى له به . قال : فقلتُ له أَفَتَرَاه مخالفاً الصدقة والهبة إذا تصدق به أو وهبه ؟ قال : نعم ، إني لا أرى ذَلِكَ مخالِفاً لهما . قال ابن القاسم : وقد كان قال مالك قبل ذلك هو مثلُ الهبة والبيع ، ثم رجع فقال أراه شبيهاً بالعتق وأن يسلم ماله للذي أوصى له به مع رقبته وثبت عليه ، ورأيت مالكاً مستحسناً له ومستبصراً فيه وهو أحب قوله الي .

قال محمد بن رشد : اختلف قولُ مالك في العبد الموصى به فمرة رآهُ لِوَرَثَة الموصي قياساً على البيع ، لأن العبد الموصى به يخرج بالوصية من

---

(١٢) كذا بالأصل وبأصل الأصل .

مِلْكٍ إلى ملك ، فأشبه البيعَ ، وهو أحد قوليه هنا وقولُهُ في رسم الوصايا الأول من سماع أشهب بعد هذا ، ومرة رآه للمُوصَى له به قياساً على العتق ، بخلاف البيع ، لَمّا كَانَتْ الوصيةُ على سبيل المعروف كالعتق ، ولم يكن على سبيل المُكَايَسَةِ كالبيع . وهو أحدُ قوليه ها هنا وقولُهُ في رسم العرية من سماع عيسى بعد هذا وَلَم يختلف قولُهُ في الصدقة والهبة أن المال فيهما يبقى للواهب والمتصدق كالبيع ، فلا يكون تبعاً للعبد كما هو في العتق إلاّ أنّ الخلاف يدخل فيهما بالمعنى قياساً على الوصية لأنهما أيضاً من ناحية المعروف كالوصية وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن الرجل يوصي بثلثه ويوصي فيه بوصايا فتدعي إمرأتُهُ حَمْلاً أترى أن تُؤَخر الوصايا حتى تضع ويستبرأ ذلك منها ؟ قال : نعم ، إني لأَرَى أن يؤخر ذلك . قال أشهب تنفذ الوصايا من ثـلثه قبل وضع الحمل ، وخالفه أصبغ وقال بقول مالك في سماع أصْبغ من كتاب الكراء والأقضية .

قال محمد بن رشد: قولُ أشهب وأصبغ ليس في جميع الروايات، وفي المبسوط لابن نافع عن مالك مثلُ قول أشهب،قال يعطي صاحب الثلث الثلث ، وتؤخر قسمة الورثة حتى تضع المرأة . وقال ابن أبي أويس عن مالك أرى أن تؤخر الوصايا حتى تضع المرأة ويستبريء ذلك . وقال محمد بن مسلمة مثلَ ذلك وقال لأنّما يهلك من يهلك[١٣] من رأس المال وما زاد في رأس المال ، فيكون ما أخذ الموصى له قد استوفى على غير ما أخذوا . وهو تعـليل صحيح بين ، لأن المال إن تلف في التوقيف بَعْدَ تنفيذ الوصايا وجب

(١٣) كذا بالأصل وبأصل الأصل ، والمقصود أن الذي يهلك ويتلف يحسب هلاكه وتلفه من رأس المال .

للورثة الرجوعُ على الموصى لهم بثلثي ما قبضوا ، ولعل ذلك قد فات بأيديهم وهم غرماء فيخسروا . والاختلافُ في هذه المسألة جارٍ على الاختلاف في الموصى له بالثلث يَطْرَأُ على الورثة بعد اقتسامهم الشركة هل يكون حكمُهُ حكمَ الغريم يطرأ على الورثة وحكم الوارث يطرأ عليهم . فعلى القول بأن حكمه حكم الغريم يطرأ على الورثة يعطي صاحبُ الثلثِ الثلثَ ، ويوقف سائرُ المال للورثة حتى يوضع الحمل ، فيكون النَّمَاءُ لهم والضمانُ عليهم لا يرجعون على صاحب الثلث بشيء إن تلف المال ، ولا يرجع صاحبُ الثلث عليهم بشيء إنْ نَمَا المالُ وعلى القول بأن حُكْمَهُ حكمُ الوارث يطرأ على الورثة يوقف جميعُ المال حتى تضع الحمل ، ولا يُعَجل للموصى له بالثلث كما لا يعجل للاب السدس إذا مات ابنه وله ولد وامرأته حامل ، ولا لامرأته الثمنُ حتى يوضع الحمل وان كان للاب السدس وللزوجة الثمن على كل حال وضع الحمل ذكراً أو أنثى وإن فشا فإن عجل الورثة للموصى له بالثلث الثلثَ ووقفوا بقية المال فتلف قبل أن يوضع الحملُ ـ وجب على قياس هذا القول أن يرجع الوارث على الموصى له بثلثي الثلث الذي قبض وإن نما المال رجع الموصى له عليهم بثلث النماء ولم يكن بينهم تراجع على قياس القول القول الثاني ولو كانت الوصية إنما هي بِعَدَدٍ من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل بتنفيذ الوصية وتُؤخر قسمة بقية المال حتى يوضع الحمل قولاً واحداً إذْ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخْرَاجِهَا من التركة قبل القسمة لقول الله عز وجل : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾(١٤) ولا في استواء الحكم فيهما إذا طرأ بعد القسمة . وقال ابن دحون : إنما وجب تأخير إنفاذ الوصايا حتى توضع الحمل لأن القسمة لا تكون إلاّ مع موجود ، فإذا احتيج إلى القسمة لتنفيذ الوصايا وجب أن تقسم التركة ، ولا يقسم نصيب غير موجود ، فلا بد من التأخير حتى يوضع الحمل . وهذا التعليل على قياس

---

(١٤) الآية ١١ من سورة النساء .

التعليل الأول لأن القسمة لما كانت غيرَ صحيحة وجب أن يكون ما تلف أو نَمَا من الجميع . وفيه دليل على وجوب أداء الدين قبل وضع الحمل لأنه يخرج من رأس المال قبل القسمة . ورأيت في حواشي بعض الكتب . قال الباجي شهدت ابن ايمن حَكَمَ في ميت مات وترك إمرأة حاملاً أنه لا يقسم ميراثه ولا يُؤَدَّى دينُهُ حتى توضع الحمل فأنكرت ذلك عليه . فقال هذا مذهبنا ولم يأت ابنُ أيمن بحجة . والصحيح انْيُؤَدِّي دينه ولا ينتظر وضع الحمل ، ولا يدخل في هذا اختلاف قول مالك في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل ، لأن العلة في تأخير تنفيذ الوصية إلى أن يوضع الحمل على قول من رأى ذلك هي أنّ بقية التركة قد تتلف في حال التوقيف قبل وضع الحمل فيجب للورثة الرجوع على الموصى لهم بثلثي ما قبضوا ولعلهم معدمين أو غير معدمين فلا يجدون على من يرجعون . وأما تأخير أداء الدين حتى يوضع الحمل فلا علة توجبه ، بل توجب ترك التوقيف وتعجيل أداء الدين مخافة أن يهلك المال فيبطل حق صاحب الدين من غير وجه منفعة كان في ذلك للورثة وإذا وجب أن يقضي دينُ الغائب مما يوجد له من المال مع بقاء ذمته إن تلف المال الموجود له كان أحرى أن يؤدي الدين عن الميت من تركته لوجهين : أحدهما أن الميت قد انقطعت ذمته . والثاني أنّ الحمل لا يجب له في التركة حق حتى يولد ويستهل صارخاً ، ولو مات قبل ذلك لم يورث عنه نصيبُهُ ، والغائب حقه واجب في المال الموجود له لو مات ورِثه عنه ورثتُهُ ، فإذا لم ينتظر الغائب مع وجوب المال الذي يؤدي منه الدين الآن له ، كان أحرى ألّا ينتظر الحمل إذ لم يجب له بعد في التركة حق ، ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أنّ من أثبت حقاً على صغير قُضِيَ له به عليه ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك ، فإذا قضي على الصغير بعد وضعه من غير أن يقدم له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لِتَأْدِيَةِ دين الميت ، وهذا كله بين لا ارتياب فيه ولا إشكال والحمد لله .

مسألـــة

وسئل مالك عن رجـل حضرته الوفاة فقيل له : أَوْصِ ، فقال قد أوصيت وكتبت وصيتي ووضعتها على يدي فلان فانفِذُوا ما فيها فتوفي الرجل وأخرج الذي قال المتوفي قد وضعتها على يديه الوصيةَ وليس فيها شهود إلّا ما شهد على قوله من ذلك أنه قال قد وضعتها على يدي فلان فانفذوا ما فيها . قال مالك : أرى إن كان الرجلُ الذي ذكر أنها عنده عدلاً أَنْ ينفذ ما فيها . قال ابن القاسم : وذلك رأيي . قال العتبي عن سحنون : الوصيةُ جائزةٌ عدلاً كان أو غير عدل . قال يحيـى قلتُ لابنِ القاسم لِمَ جوزها مالك ولم يُشْهَدْ عليها بعينها ولم يَشهد عليها إلاِّ الذي كانت عنده ؟ قال : أراه بمنزلة الذي يوصي فيقول قد أوصيت بوصايا اعملت بها فلتنفذ فما أخبركم أني أوصيت به فهي وصيتي فلينفذ ما فيها ، فيكون ذلك ماضياً ، وبمنزلة الرجلِ يوصي بديون لهم عليه فيقول قد كنت أُدَاينُ فلاناً وفلاناً فما أدعوه قِبَلِي فهم فيه مصدِّقون ، فيكون ذلك لهم بلا يمين يستحلفون بها على ما أدعوا .

قال محمد بن رشد : اشتراطُ مالك العدالةَ في الذي قال الميت إنه وضع وصيتَه عنده إذا أخرجها فقال هذه هي ، وليس عليها شهود خلافُ ظاهر ما في المدونة والموازية في الذي قال قد كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فصدقوه وانفذوا ما فيها أنه يصدق وينفذ ما فيها إن لم يشترط في ذلك عدالة مثلُ قول سحنون . وقولُه هو القياس إذ لا حجة للورثة عليه في الثلث ، فله أن يجعل التصديق فيه إلى عدل وغير عدل . وقول مالك ها هنا في اشتراط العدالة استحسانٌ . وقد مضى في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب السهادات ما فيه بيان هذا فقف عليه .

وقولُهُ في الذي قال كنت أُدَايِنُ فلاناً وفلاناً فما ادعوه قِبَلِي فهم فيه مصدقون إنَّ ذلك يكون لهم دون يمين يستحلفون بها خلافُ قوله في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس في إيجابه اليمين في ذلك . واختلافُ قوله في هذا على الاختلاف في لحوق يمين التهمة إذ لم يسقط الميتُ عنهم اليمينَ وإنما قال إنّهم يصدقون ولم يقل بيمين ولا بغير يمين ، ولو قال إنهم يصدقون بغير يمين لَمَا سَقَطَ عنهم باسقاطه إياها عنهم على ما مضى في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم حسبما بيناه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل أوصى أن يشتري له رقبة بثلاثين ديناراً فتعتق عنه فسام الوصيُّ بغلام فأبى سيدُه أن يبيعه إلاّ بأربعين ديناراً ، فقال له أخ للغلام حر : بعه وأنا أعطيك عشرة دنانير ، ولم يعلم بذلك الوصي فباعه وأعتقه ، ثم علم الوصي بعد ذلك . فقال : إني لأَرَى له في ذلك متكلماً ، فقيل له : فما تقول فيه ؟ ما يتبين لي فيه شَيْءٌ قال إبن القاسم : أخبرني من أثق به عن ابن هرمز ومالك أنهما رأيا جميعاً أنه عيب من العيوب يرجع به المشتري على البائع فيأخذه من الثمن . قال ابن القاسم : وتفسيرُ ذلك أن ينظر كم ثمنُه بغير شرط العتق وكم ثمنه لو شرط فيه العتق ؟ فينظر كم بين القيمتين . فإن كان ذلك ربعاً أو خمساً أو سدساً رجع إلى الثمن فأخذ بقدر ذلك من البائع ، بمنزلة ما لو باعه وعليه دين وله إمرأة أو ولد أو به عيب .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك وابن هرمز من أن ذلك عيب يجب الرجوع للمشتري على البائع صحيحٌ ، لأن الذي زاد العشرة دنانير قد شاركه

في العبد الذي أعتق بربعه إذْ وَدّى رُبع الثمن الى البائع ، فصار الوصي إنما أعتق عن الذي أوصى اليه ثلاثة أرباع العبد . وتفسيرُ ابن القاسم لصفة الرجوع بقيمة العيب لا وجه له . وإنما الذي يصح في ذلك ولا يجوز غيره أن يرجع المبتاعُ على البائع بِرُبع الثلاثين التي دفع اليه ، لان الذي زاد العشرة قد شاركه في العبد بربعه فصار بمنزلة من اشترى عبداً فاعتقه ثم استحق منه ربعه فإنه يرجع على البائع بِرُبُع الثمن ويجعل ذلك في عتقٍ ، وإن كانت الرقبة التي أوصى بها رقبةً واجبة لم تجزه وضمن الوصي على مذهب أشهب ، يغرم العشرين من ماله ، واشترى رقبة أخرى فأعتقها عن الموصي ، وَلاَ شيء عليه على مذهب ابن القاسم في المدونة إذا لم يعلم ، ويرجع بالعشرين على الورثة فيما بقي عندهم من ثلث مال الميت إن كانت بقيت عندهم منه بقية وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك على الموصَى أيقارض بمال يتيمه الذي أوصى اليه به ؟ قال : نعم لا بأس به ولا ضمان عليه فيه إن هلك إذا كان قد دفعه الى أمين والوصي ينظر لمن يليه ومن اليَتَامَى مَنْ أموالُهم الغنم من أهل البادية فيمسكها لهم ، ولو باعها أكلوا ثمنها ، فيقول الله تبارك وتعالى ﴿ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُم ﴾(١٥) يخلط طعـامهُ بطعامه وزرعه بزرعه وماشيته بماشيته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن للوصي أن يدفع مال يتيمه مضاربة لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه . وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (اتجروا بأموال اليتامى لا تأكلها الزكاة) ومثلُ هذا في الرهون من المدونة أن الوصي يتجر لليتيم بماله أو يقارض له به ، ويكره له أن يعمل هو

---

(١٥) الآية ٢٢٠ من سورة البقرة .

به مضاربة قال في الزكاة من تفسير ابن مزين : فإن عمل به بقراض مثله جاز ولم يكن عليه فِيه ضمان إذا تلف ، وإن عمل به بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله وضمن المالَ إن تلف . قال يحيى بن ابراهيم : قولُه في الضمان ضعيف .

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين دينار

وسمعتُ مالكاً يقول في الرجل يوصي بالوصية في مرضه أو عند سفره فيقول إن أصابني في سفري هذا أو مرضي هذا موتٌ فجاريتي حرة ، ويوصي بوصايا ثم يصح من ذلك المرض أو يقدم من ذلك السفر ثم يمكث حينا ثم يمرض فيموت وتوجد تلك الوصية بعينها ولم يذكر لها ذكراً عند موته ولا تغييراً ولا إجَازَةً ، قال مالك : أرَاها جائزة . قلت لَهُ : فإن أوصى بوصية أخرى ولم يذكر نقضاً لتلك ؟ قال مالك : يَجُـوزَانِ جميعاً إلّا أن يكون في الأخرى مَا يَنقض الأولى فيؤخذ بالآخرة . قال مالك : وإن كان في الأولى وصيةٌ لرجل وله في الأخرى مثلُ ما سمى له في الأولى فليس له إلّا في موضع واحد ، وإن اختلفَ العَدَدَانِ أُخذ له بالأكثر قال مالك : وإنما أكثر ما يوصي به الرجل عند سفر أو مرض ثم يصح من مرضه أو يقدم من سفره فيقرها كما هي ويرى أن له وصية أخرى موضوعة قد فرغ منها ووثق بذلك فلا أراها إلّا جائزة . وقد قال مالك في كتاب باع سلعة سماها : إنها لا تجوز إلّا أن يكون أخرجها من يده وجعلها على يدي غيره ولم يأخذها من يده حتى مات ، قال سحنون : وهذا القول من قوله أحسن .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في أول رسم من السماع فلا معنى لإعادته حيث ما تكررت وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل مالك عن رجل أوصى في مرضه وأوصى إلى ثلاثة نفر مع إمرأته وأحدهم غائب فشهد الوصيان أن هذه الوصيةَ وصيتُه ولم يشهد عليها غيرُهما وقد كان أوصى لهما في الوصية بشيء ، **قال** مالك : ينظر إلى حالهما وإلى ما أوصى لهما به فإن كان الذي أوصى لهما به يسيراً لا يتهمان على مثله لم أرَ أن ترد بذلك شَهَادَتُهما ورأيتها جائزة .

قال محمد بن رشد : أجاز في هذه الرواية شهادةَ الشاهدين في الوصية إن كان الذي أوصى لهما به يسيراً مع أنه أوصى إليهما ، فالظاهر من قوله أنه لم يَرَ ذلك تهمة في شهادتهما ومثلُه في المدونة سواء ، والمنصوص له فيها أنه لا تجوز شهادةُ الموصى إليه وإن كان طالبُ الحق غيرَه . وعلى هذا يأتي قولُ سحنون في آخر كتاب الأقضية ، وفي سماع أبي زيد من هذا الكتاب إجازةُ الشهادة مثلُ ما يَقُومُ من هذه الرواية . وقولُه إن كان الذي أوصى لهما به يسيراً لا يتهمان عليه لم أرَ أن تُرَدّ شهادتُهما هو المشهور في المذهب أن شهادة الموصى له بشيء يسير في الوصية جائزةٌ . وقد قيل إنها لا تجوز ، وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه ، واختلف على القول بإجارتها ، فقيل إنها تجوز له ولغيره ، وقيل إنها تجوز لغيره ولا تجوز له ، وقيل إن كان معه شاهدٌ غيرُه جازت له ولغيره وإن لم يكن معه ساهد غيره جازت لغيره ولم تجز له ، وهو قول يحيى بن سعيد في المدونة . وقد مضى شرح هذا كله وبيانُه في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الشهادات وفي مسألة أفردناها في

التكلم على هذا المعنى وما يتعلق به فلا معنى لإعادة القول في ذلك وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن المسلم يهلك ويترك خمراً في تركته ويوصي لرجل كيف يُصْنَعُ بها ؟ قال : لا أرى أن يَكْسِرَهَا حتى يأتي بها السلطان فيعمله بذلك خوفاً ممن يأتي بعده أن يُضمنه . وقد قال مالك في الخنزير يقتل .

قال محمد بن رشد : إنما قال في الخنزير إنه يقتل دون أن يرفع الأمر في ذلك إلى السلطان وان الخمر لا يكسرها حتى يرفع الأمر في ذلك إلى السلطان لأنّ الخنزير لا اختلاف في وجوب قتله . والخمر قد اختلف في جواز تخليلها وتركِ كسرها. إذ قد قيل إن المنع من تخليلها عِبَادَةٌ لا لِعِلة وقيل إنما منع من ذلك لَعَلّه ممن قال إن المنع من ذلك إنما هو لعلة إجازته في الموضع الذي ترتفع فيه العلة . وقد اختلف في العلة ما هي ؟ فقيل التعدي والعصيانُ في اقتِنَائِهَا ، فعلى هذا القول يجوز لمن تخمر له عصير لم يرد به الخمر أن يُخلله . وقيل بل العلة في ذلك التهمةُ لمُقتنيها ألاّ يخللها إذا غاب عليها فعلى هذا القول يجوز لمن اقتنى خمراً ثم تاب أن يخللها . فعلى هذين القولين لا يجوز للوصي أن يهريق الخمر إذا وَجَدها في تركة الميت ويجب عليه أن يخللها ، فلهذا رأى مالك للوصي ألاّ يكسرها إلاّ بِأَمْرِ السلطان ليلا يُضَمِّنَ إياها على هذين القولين إن كان مَذهب الحاكم الذي يرتفع اليه الأمر أحدهما ، وسيأتي في سماع عبد الملك القولُ في الشطرنج يجده الوصي في تركة الميت وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل قال عند موته وصيتي عند فلان رجل

سماه وأشهد على ذلك ، فلما مات أخرج الوصية فإذا هي عتق وغيره . قال مالك : لا أرى مثل هذا إلاّ جائزاً وأبينُ ذلك لو كتب وصيتين ووضع عند كل رجل وصية ، فإذا مات جازتا إذا اتفقتا .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما مضى في رسم البز . وقد مضى الكلام عليها وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل أوصى بعتق رقيقه ولرقيقه.رقيق ، قال مالك : يعتق رقيقه ويقر رقيق رقيقه مماليك بأيديهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه على مذهبه في العبد يملك ، بدليل قول النبي عليه السلام من باع عبداً وله مالٌ فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع ، فأضاف المال إليه إضافة الملك ، وَلِذَلك يَطَأُ بملك يمينه ، إذ لو لم يكن مالكاً ليمينه لَمَا جاز له الوطء بملك يمينه لان الله تعالى لم يبح الفرج بما عدا النكاح وملك اليمين ، ومالُ العبد تبع له في العتق ، بخلاف البيع ، فوجب إذا أعتق عبدَه وله عبدٌ أَنّ عبده يبقى بيده رقيقاً له ، وكذلك إذا أوصى بعتقه . وكذلك قال في المدونة إن الرجل إذا حلف بعتق عبيده لا يعتق عليه عبيد عبيده . ولا يدخل الاختلافُ في هذه المسألة من قوله إن العبد إذا مَلَك من يُعتق على سيده يعتق عليه ، وإن الرجل إذا حلف ألاّ يركب دابة فركب دابة عبده أنه حانث . ومن حمل ذلك على أنه اضطراب من قول مالك في آل العبد يملك فقد أخطأ ، وليس هذا موضع التكلم على الفرق بين الموضعين وإنما يعتق رقيقُ الرقيق إذا أوصى بعتق الرقيق على مذهب الشافعي وأبي حنيفة في أن العبد لا يملك ، وأن جميع ما بيده ملك لسيده فلا يجوز له على مذهبهما الوطء بملك يمينه ، ويزكي السيدُ مالَه مع مالِه وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله مرض وله أم ولد فحاضت

قال وسئل عن رجل هلك ولابنه إبل فكانت إبلُهُ عند رجل فجاء أولياءُ الصبي فقالوا نبيع حيوانه فإنه صغير والحيوانُ تتلف والدنانير خير له ، فقالت أمه ومن هو منه بسبيل تُقَرُّ إبله ولا تباع ، ويباع من رقابها ما يكون فيه نفقته . قال مالك : من الناس من أصل ماله وعُهْدَتُهُ ومن يرى الناسُ له فيه الخير والنماء الماشيةُ ، أولئك أهل العمود من أهل البادية ، وليس يؤمر أولئك وهم صغار كلما هَلَكَ منهم هالك وترك ولداً صغيراً أن يبيعوا ماشيتهم ، وينظر في ذلك فإن كانت الإبل أمثلَ للغلام فيما يرى أهلُ العلم والمعرفة بذلك ، وكان هو من أهل المواشي الذين يتخذونها أُمْسِكَتْ له وإن أراد غير ذلك ، فليتبع الذي هو خير للغلام .

قال **محمد بن رشد** : هذا من وجه النظر لليتيم بين على قاله مالك فلا وجه للقول فيه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن الرجل يهلك فيوجدُ في بيته وصية ورجلان يَشْهَدان أنه كتابه بيده . قال مالك : لا تجوز وصيتُه وعسى أن يكون لهم يعزم[١٦] على ذلك وإنما كتبها ووضعها .

قال **محمد بن رشد** : هذا بين على ما قاله ، لأن الرجل قد يكتب

---

(١٦) لعل صواب العبارة : وعسى أن يكون يعزم لهم على ذلك ، فوقع تقديم وتأخير من يد الناسخ .

وصيته وهو متوان فيها غيرَ عازم على إنفاذها ولا يتبين عزمه على إنفاذها إلاّ بالإشهاد على ذلك أو على وضعها على يدي أحد. وكذلك الطلاق والصدقة إذا كتب الرجل طلاق إمرأته بيده وأمسكه عند نفسه ولم يشهد عليه لا يؤخذ منه ويصدق في أنه لم يكتب مجمعاً على الطلاق وإنما كتبه ليستشير وينظر، فإن رأى أن ينفذه أنفذه، وإن رأى ألاّ ينفذه تركه، وإذا كتب بالصدقة كتاباً بيده وامسكه عند نفسه ولم يشهد عليه لا يؤخذ به، ويصدق في أنه إنما كتب ليستشير في ذلك وينظر على ما قاله في أول رسم من سماع أشهب من كتاب طلاق السنة، فإن أرسل الكتاب بالطلاق أو الصدقة لزمه ذلك، وكان بمنزلة الإشهاد ولم يصدق إن أرَاد أن يرده قبل أن يصل وزعم أنه إنما أرسله على أن يرده إن شاء على ما في سماع أشهب خلافُ مذهبه في المدونة وبالله التوفيق.

مسألـــة

وسئل مالك عن امرأة أوصت بأن جاريتي تخدم ابني حتى يبلغ ثم هي حرة فقيل لها إن هذا لا يجوز، فقالت إن كان لا يجوز فثلثي يحج به عني. قال مالك يجوز أمرُ الجارية وتكون الخدمة بين الورثة حتى يبلغ الولد وتعتقه قال أصبغ فإن مات الغلام قبل بلوغه نظر فإن كانت من رقيق الحضانة عتقت وإن كانت من وغد الخدم خدمت الورثة الى مبلغ الغلام ثم عتقت، وإن ماتت الخادم قبل بلوغ الغلام وتركت مالا فهو بين الورثة على كتاب الله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها من أن من أوصى لوارث بما مرجعه إلى غير وارث يدخل معه الورثة فيما أوصى به للوارث إلى أن يرجع إلى غير الوارث، وأن من أوصى لابنه أو لغيره بخدمة عبد حياته أو سنين معلومة أو حتى يبلغ ثم هو حر فمات

قبل أن يبلغ أو قبل انقضاء السنين أنه يعجل له العتق وإن كان من عبيد الحضانة وإن كان من عبيد الخدْمة لم يعتق حتى ينقضي أَمَد الخدمة بحد بلوغه أو انقضاء السنين وتكون الخدمة لورثته وبالله التوفيق .

ومن كتاب نذر سنة يصومها

وسئل مالك عن رجل يوصي بثلثه لِمَوَالِيهِ أو لِبَني عمه فيهلك أحد منهم ويولد آخر قبل أن يجمع المال على من ترى أن يقسم المال ؟ على الذين كانوا أحياء يوم مات الموصى أو على الذين يدركهم القسم ؟ . قال : بلى ، على الذين يدركهم .

قال محمد بن رشد : هذا على أحد قولي ابن القاسم في المدونة يوصي لأخواله وأولادهم مرةً حَكَمَ لهم بحكم المُعَيّنين فقال إن المال يقسم بينهم بالسواء . فعلى هذا يكونُ القسْمُ على من كان منهم حيا يوم مات الموصى ويكون حظ من مات منهم لورثته ، ومرة حكم لهم بحكم المساكين فقال يقسم بينهم بالاجتهاد على من كان حيا منهم حين القسمة ، ومن مَات قبل القسمة لم يكن له شيء . وقد مضى هذا في الذي يوصي لقرابته في أول رسم . وسيأتي هذا المعنى أيضاً في رسم الوصايا والأقضية من سماع أصبغ ، وانظر مسألة رسم الوصايا المتقدمة في سماع أصبغ وما ذكرنا من المعنى فيها وتدبر ذلك كله وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن الرجل يوصي وهو يريد الغزو فيستأذن ورثَته في أكثر من ثلثه فيأذنون له أترى ذلك جائزاً له عليهم إن مات ؟

قال : نعم ، فقيل له : والذي يريد سفراً فيستأذن ورثته فيوصي في أكثر من ثلثه فيموت أترى أن يجوز ذلك ؟ قال : نعم ، وأراه مثل المريض . قال إبن القاسم : وذلك رأيي . قال أصْبغ : وسمعت إبنَ وهب يقول في رجل أراد سفراً فاستأذن بعض ورثته في أن يهب له ميراثه منه ففعل ثم مات في سفره إنّ لهم أن يرجعوا ولم يره مثلَ المريض . وقال لي قد كنت قلتُ غيرَ هذا ثم رجعت إلى هذا . قال أصبغ : وذلك الصواب وهو مثل الصحيح يستأذن في العول . وهذا أصح . قال أصبغ : المسافرُ يصنع في سفره ما شاء ولم يره مثل المريض ، يريد في حجب ماله عنه إن أراد أن يبتل وينفذ .

قال محمد بن رشد : حَكَمَ مالك وابن القاسم في هذه الرواية لما فعله المسافر عند إرَادة الغزو أو السفر بحكم المريض فأمضيا عليهم ما أذنوا له به من الوصية بأكثر من ثلث ماله إن مات في سفره ذلك . وذلك من قول ابن القاسم خلافُ قولِه في سماع عبد الملك بن الحسن من أن من حَضَرَ خروجه إلى حج أو غزو أو سفر من الأسفار فأقر بدين لزوجته أو لبعض ولده أو تصدق على ابنه الصغير بصدقة أن ذلك كلّه جائز وإن مات في سفره ذلك لأنه حكمَ له فيما فعله من ذلك كله بحكم الصحة ، فلم يتهمه في إقراره للوارث ولا في صدقته على ابنه مثل قول ابن وهب الذي رجع اليه في الذي أراد سفراً فاستأذن بعض ورثته في أن يهب له ميراثه ففعل يريد فقضى فيه بأن صرفه إلى بعض الورثة أو غيرهم أنّ لهم أن يرجعوا ولم يره مثل المريض . وأما لو لم يقض فيه المَوْرُوثُ بشيء لَمَا اختلف فيه حكم الصحة والمرض ، ولَكان لهم أن يرجعوا في ذلك ، وإن كان في المرض على ما قاله في الموطأ ، وقولُ أصبغ مثل قول ابن وهب الذي رجع اليه ومثلُ قول ابن القاسم في سماع عبد الملك لانه لم يتهمه بالسفر وحكم له فيما فعله عند إرادته إياه بحكم الصحة في جميع الأشياء وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم : وكره مالك الوصية لليهود والنصارى . قال سحنون : قال ابن القاسم : وكان قبل ذلك يجيزه ولست أرى به بأساً إذا كان ذلك على وجه الصلة مثلَ أن يكون أبوه نصرانياً أو يهودياً أو أخوه أو أخته فيصلهم على وجه صلة الرحم فلا أرى به بأساً وأراه حسناً ، وأما بغير هذا فلا ، وفي رواية عيسى بن دينار وسئل ابن القاسم عن هذا ، فقال : لا أرى به بأساً لمثل أمه وأبيه وإخوته وما أشبه ذلك القرابة ، وأما الأباعد فلا يعجبني ذلك وَلْيَعْطِفْ به على أهل الإسلام .

قال محمد بن رشد : حَدُّ الكراهة ما في تركه ثواب وليس في فعله عقاب ، فمعنى كراهية مالك الوصية لليهود والنصارى هو أن يؤثرهم بالوصية لقرابته منهم على المسلمين الأجنبيين ، فرأى الوصية للمسلمين الأجنبيين أفضل من الوصية لقرابته الذميين .

وقولُه وكان قبلَ ذلك يجيزه معناه من غير كراهة لما جاء في صلة الرحم من الأجر ، والوجهُ في ذلك أنه لم يترجح عنده على هذا القول الأفضل من الوجهيين ، فأجازه من غير كراهة وهي رواية ابن وهب عنه أن الوصية للكافر جائزة . واحتج بالحُلّةِ التي كساها عُمَرُ أخا له مشركا بمكة . وهو الذي ذهب اليه ابن القاسم في رواية عيسى عنه . وقولُه قبل ذلك وأراه حسناً قولٌ ثالث في المسألة . وأنه رأى الأجر في الوصية لصلة رحمه وإن كانوا ذميين أكثر من الأجر في المسلمين الأجنبيين(١٧) .

---

(١٧) انظر قوله أكثر من الأجر في المسلمين مع قوله ورآه حسناً فإنه لا يتبين لـك وجه الأكثرية ، وإنما يتبين لك وجه الأكثرية لو قال : ورآه احسن بصيغة التفضيل .

وأما الوصية للأباعد من الذميين فلا اختلاف في كراهة ذلك ، لأن الوصية للمسلمين أفضل فالكراهة إنما تتعلق بإيثار الذميين على المسلمين لا بنفس الوصية للذميين، لأن في ذلك أجراً على كل حال. ففي موطأ ابن وهب عن مالك فيمن نذر صدقة على كافر أن ذلك يلزمه . وقال في موضع آخر إن قال مالي صدقة على فقراء اليهود أن ذلك يلزمه يتصدق عليهم بثلث ماله . وقد قال الله عز وجل : ﴿ وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وأسيراً ﴾(١٧م). والأسير الكافر . فإذا أوصى اليهم شفقة عليهم لفقرهم جاز ذلك على كراهة لأن الأجْر في الصدقة على فقراء المسلمين أحرى ، والإشفاق عليهم ينبغي أن يكون أكثر . وقد أجاز أشهبُ الوصيةَ للذميين كانوا ذوي قرابة أو أجنبيين إجازة مطلقة دون كراهة . ومعنى ذلك في الأجنبيين والله أعلم إذا كان لهم حق من جوار أو يد سلف لهم إليه أو ما أشبه ذلك ، وأما إن لم يكن لذلك سبب فالوصية لهم محضورة إذ لا يُوصِي للكافر من غير سبب ويترك المسلمَ إلاّ مُسلم سُوءٍ مريض الإيمان . قال الله عز وجل : ﴿ لاَ تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ﴾ إلى قوله ﴿ أو عَشِيرَتَهُمْ ﴾(١٨) وأما الوصية للحربي فإنها لا تجوز لأن ذلك قوة لهم ، ويرجع ذلك ميراثاً ولا يجعل في صدقة ولا غيرها ، وكذلك من أوصى بما لا يحل قال ذلك أصبغ في الوصية والله الموفق .

ومن كتاب أوله المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل عن الرجل يقول عند الموت : سلاحي في سبيل الله أترى لِمَنْ أوصي إليه أن يجعله حبساً؟ قال: لا أرى ذلك له ، ولكن يجتهد فيه .

(١٧م) الآية ٩ من سورة الانسان .

(١٨) الآية ٢٢ من سورة المجادلة .

قال محمد بن رشد : قولُهُ لا أرى ذلك له يحتمل أن يكون معناه لا أرى ذلك عليه ، أي لا يجب عليه أن يحبسه في السبيل لأن الموصي لم ينص على أن تحبس في السبيل ولا على أن تبتل فيه ، وإنما أوصي تجعل فيه فرأى له أن يجتهد في وجه جعلها فيه بما يراه إن رأى أن يحبسها فيه حبسها وإن رأى أن يبتلها فيه بتلها ، لأن له قد يكون بمعنى عليه في اللسان . قال الله عز وجل : ﴿ إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾(١٩) أي عليها ، ويحتمل أن يكون له على بابها ويكون المعنى في ذلك أنه رأى أن يبتلها في السبيل ولا يحبسها فيه ، إذ لم ينص الموصي على تحبيسها على القول بأن من أعطى فرساً أو سلاحاً في السبيل . فهو محمول على التبتيل حتى ينص عَلَى التحبيس . وهو ظاهر ما في رسم طلق بن حبيب ورسم باع غلاماً ورسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابن القاسم من كتاب الجهاد . ويكون الاجتهاد الذي جعله إليه بقوله ولكن ليجتهد فيه ألاّ يبتلها إلاّ لمن فيه خير وله دِين ، وهو من أهل النجدة والنكاية في العدو والعمل في الجهاد ، فإذا بتل السلاح الموصي بها في السبيل لمن هذه صفته كان له أن يقاتل بها وأن يبيعها على نفسه فيما يحتاج إليه في غزوه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن رجل أوصى بصدقة دينار من غلة له كلّ سنة أن يَشتري بها قمحٌ ويطعم المساكين ، أترى أن يعطي بمد النبي عليه السلام أو بمد هشام ؟ قال : إن كان الطعام كثيراً فإنني أرى أن يعطي بمد هشام ، وإن كان قليلاً فبالمد الأصغر . فقيل له فإنه أوصى مع ذلك أن يعطي المساكين درهماً درهماً لكل مسكين فَكَثُرَ

---

(١٩) الآية ٧ من سورة الاسراء .

المساكين على الرجل فأعطاهم درهماً بين رجلين ؟ فقال : ما أرى عليه شيئاً .

قال محمد بن رشد : المعنى فيما قاله في الطعام بين في الاستحسان وذلك أنه لما أوصي بالطعام الذي يشتري بالدينار كان سبيلُ ذلك في قدر ما يعطي منه لكل مسكين سبيلَ الكفارات التي ذكر الله فيها الإطعام الكثير أن يعطي بمد هشام ككفارة الظهار ، وفي الطعام اليسير بمد النبي عليه السلام ككفارة اليمين ، ولو أوصى أن يشتري به قمحاً فيتصدق به على المساكين ولم يكنِ الطعام لما حد فيه أن يعطي بمد هشام ولا بمد النبي عليه السلام ولكان له أن يتصدق بجميعه على المسكين والمسكينين وأقل وأكثر على ما يراه بوجه اجتهاده .

وأما الذي أعطى درهماً بين مسكينين وقد كان أوصى الميتُ أن يعطي درهم درهم لكل مسكين فقد أخطأ في مخالفته حَدّ المُوصِي في ذلك ، إلاّ أنه لم يره خطأً يلزمه به الضمان فقال ما أرى عليه شيئاً أي لا أرى عليه غرماً لأن الذي فعل كان سائغاً له أن يفعله والله أعلم .

مسألــة

وسئل مالك عن الرجل يكون لابنه المالُ قد ورثه من أمه الضيعة يكون له ، فيأتيها أبوه يأكل منها ، قال : لا بأس بذلك أن يأكل الرجل من مال إبنه الصغير من الضيعة يكون له يأتيها فينزل بها ويأكل منها ، وإنما كان ورثها من أمه فلا بأس أن يأكل منها .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا من بُيُوتِكُمْ﴾ إلى قوله ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾[٢٠] فإذا جاز للرجل أن يأكل من مال أبيه وأمه وأخيه وعمه وخاله

---

(٢٠) الآية ٦١ من سورة النور .

وصديقه بغير إذنهم الشيء اليسير الذي لا يقع التشاح في مثله ويُعْلَمُ بمستقر العادة أنهم لا يكرهون ذلك فأحرى أن يجوز ذلك للوالد في مال ولده الذي ورثه عن أمه. لقوله عليه السلام: ﴿أَنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ﴾(٢١) ألا ترى أنه قد جاز له فيما تصدق به على ابنه لهذا الحديث ما لا يجوز له فيما تصدق به على غيره. وقد مضى القولُ على ذلك مستوفى في رسم حلف ألّا يبيع رجلاً سلعة سماها من سماع إبن القاسم من كتاب الصدقات والهبات وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

والحمد لله رب العالمين وهو حسبي ونعم الوكيل. ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب. وصلى الله وسلم على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً. والحمد لله رب العالمين.

---

(٢١) رواه ابن ماجه عن جابر، والطبراني في الكبير عن سمرة وابن مسعود، رمز السيوطي لضعفه.

فهرس
موضوعات الجزء الثاني عشر

انتهى الجزء الثاني عشر من كتاب « البيان والتحصيل » ،
الجزء الثالث عشر أوله : كتاب الوصايا الثاني



دار الغرب الإسلامي

بيروت - لبنان

لصاحبها الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء - بناية الأسود

تلفون : 340131 - 340132 - ص . ب . 5787 - 113 بيروت - لبنان

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI – B.P.:113-5787 - Beyrouth - Liban

رقـم 85/4/3000/38 - 88/1/3000

التنضيد الإلكتروني : سامو برس

الطباعة :  مؤسسة جواد للطباعة والتصوير

هاتف: ٨٢٠٩٤٢ - بيروت - لبنان

IBN RUSHD
(m. 520/1126)

AL-BAYĀN WAL-TAḤṢĪL
WAL-TAWJĪH WAL-TA'LĪF
FI MASĀ'IL AL-MUSTAKHRAJAH

VOL. 12



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI